Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexanders-Universität
Erlangen
vorgelegt von

Alfred Lobenberg
aus Münster (Westf.)

Approbiert am 25. Juli 1930

C. J. Fahle G. m. b. H., Münster i. Westf., Neubrückenstraße Nr. 11
1931

1:111

Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexanders-Universität
Erlangen
vorgelegt von

Alfred Lobenberg
aus Münster (Westf.)

Approbiert am 25. Juli 1930

C. J. Fahle G. m. b. H., Münster i. Westf., Neubrückenstraße Nr. 11
1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Univ.-Professor Dr. August Köhler

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0025

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung. 11

B. Hauptteil: 12

I. Allgemeiner Teil: 12

1. Der Begriff der Unterschlagung 12

a) Das Verhältnis zu anderen Vermögensdelikten . 12

b) Der Tatbestand der Unterschlagung 14

2. Der Begriff der Vertretbarkeit 21

II. Besonderer Teil: 26

1. Ueberleitung 26

2. Vertretbare Sachen als Objekt der Unterschlagung . 26

a) Der Eigentumserwerb durch Tradition 26

b) durch Vermischung und Verarbeitung 38

3. Die Zueignung an vertretbaren Sachen 41

4. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung an vertretbaren Sachen 45

III. Anhang 53

1. Untreue 53

2. Die Amtsunterschlagung 55

C. Schluß 57

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare und Lehrbücher.

a) Kommentare:

Ebermayer, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 2. Aufl. 1922.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 37.—42. Aufl., Tübingen 1926.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl., 1. Bd. Berlin 1916.

Hahn, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3. Aufl. 1877.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. München 1900.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1927.

Planck, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl., Berlin 1910.

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 1884.

Staub, Kommentar zum Handelsrecht, 4. Bd., 12.—13. Aufl., Berlin-Leipzig 1927.

Staudinger, Allgemeiner Teil, Berlin 1910.

b) Lehrbücher:

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig 1922.

Aschrott-Kohlrausch Reform des Strafrechts, Berlin-Leipzig 1926.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1. Bd. bes. Teil, Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl., Stuttgart 1910.

Dernburg, Allgemeine Lehren des Bürgerlichen Rechts, Halle 1902.

Finger, Das Strafrecht (Kompendien zum österr. Recht), 2. Bd., 3. Aufl., Berlin 1914.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn, 1881—87.

Lammasch, Grundriß des Strafrechts, 4. Aufl. Leipzig 1911.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21.—22. Aufl. Berlin-Leipzig 1919.

Merkel, in Holtzendorfs Handbuch, Bd. 3, 1874.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1907, 1922.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

II. Monographien.

Draheim, Die Untreue und Unterschlagung. Breslauer Diss. 1903.

Finger, Die Veruntreuung an Baarkautionen. Prager Diss. 1890.

Gleispach, Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen, I. Teil, Berlin 1905.

Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1910.

Huber, Die Unterschlagung 1875.

Kapff, Die Unterschlagung, Tübinger Diss. 1879.

Konrad, Die Untreue des Bevollmächtigten, Erlanger Diss. 1900.

Köstlin, Abhandlungen im Strafrecht, System II. Tübingen 1858.

Krebs, Ueber den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung. Breslauer Diss. 1915.

Lindenau, Die Unterschlagung an barem Gelde. Rostocker Diss. 1894.

H. Mayer, Die Untreue 1926.

v. Stemann, Das Vergehen der Unterschlagung und Untreue, Kiel 1870.

Thode, Die sogen. Unterschlagung an vertretbaren Sachen in strafrechtl. Abhandlungen. Breslau 1926.

Ziethen, Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen. Freiburger Diss. 1900.

Zimmer, Der Zueignungsbegriff im Reichsstrafgesetzbuch, Halle 1913.

III. Periodische Zeitschriften.

Ehrenbergs Handbuch für das Handelsrecht, Bd. 4, Wolff: Das Geld.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 93, Rümelin: Das Handeln im fremden Namen.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 94, Tobias: Der Eigentumserwerb durch Verbindung.

Goltdammer Archiv, Bd. 15, Hälschner: Beitrag zur Lehre vom Tatbestand der Unterschlagung.

Goltdammer Archiv, Bd. 4, Köstlin: Die Lehre von der Unterschlagung.

Goltdammer Archiv, Bd. 7, Schwarze: Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen, insbesondere an Geldstücken.

Zeitschrift für das gesamte Strafrecht, Bd. 20, Kohlrausch.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 55, Havenstein: Die Gattung.

Zeitschrift für die Rechtspflege in Bayern, Bd. 6, Langheiniken: Vertretbare Sachen und Gattungssachen.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 6, Harburger.

IV. Materialien.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1870.

Das Bürgerliche Gesetzbuch 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Motive zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund 1870.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1913, 1919 1920 und 1925.

A. Einleitung.

Da die Unterschlagung an vertretbaren Sachen im geltenden Strafgesetzbuch keine besondere Regelung erfahren hat, so muß es häufig das Rechtsgefühl eines jeden peinlich berühren, wenn ein in dieser Sache anhängig gemachtes Verfahren aus Mangel gesetzlichen Tatbestandes eingestellt werden muß. Andererseits unterliegen aber nicht selten derartige Fälle einer strafrechtlichen Ahndung, obgleich sie dem Rechtsempfinden nach eine Strafe nicht verdienen. Der Grund für dieses dem Publikum oft unverständliche Verhalten des Gerichts ist in der Eigenart der vertretbaren Sachen zu suchen. Wird aber der Unterschlagungstatbestand dieser Eigenart von Sachen nicht gerecht, so erscheint die Frage berechtigt: „Gibt es eine Unterschlagung an vertretbaren Sachen überhaupt, oder ist, da sie unter den einheitlich aufgestellten Begriff der Unterschlagung nicht immer unterzubringen ist, eine Lücke in dem gesetzlichen Tatbestand der Unterschlagung vorhanden."

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Klarlegung der beiden Begriffe „Unterschlagung" und „Vertretbarkeit" notwendig. Erst nach kurzer Erläuterung dieser Begriffe werden sie in Beziehung zueinander gebracht werden können. Dabei wird uns zunächst das Objekt dieses Sonderdeliktes beschäftigen. Anschließend wird die deliktische Handlung selbst zur Erörterung gebracht werden. Im letzten Teil werden noch die Untreue und die Amtsunterschlagung, soweit sie für unsere Frage von Bedeutung ist, zu besprechen sein. Zum Schluß folgt eine kritische Würdigung der gewonnenen Ergebnisse.

B. Hauptteil.

§ 1.

I. Allgemeiner Teil.

1. Begriff der Unterschlagung.

a) Das Verhältnis zu anderen Vermögensdelikten.

Wegen Unterschlagung bedroht § 246 StGB. denjenigen mit Strafe, der „eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet".

Der Tatbestand der Unterschlagung deckt sich insoweit mit dem des Diebstahls, als bei beiden Delikten der Täter seinen Angriff auf die Eigentumsordnung richtet. Das unterscheidende Merkmal zwischen Diebstahl und Unterschlagung liegt darin, daß beim Diebstahl die Sache gleichzeitig in fremdem Gewahrsam steht, während bei der Unterschlagung sie sich gerade im Gewahrsam des Täters befindet. Hierin soll gerade der alleinige grundlegende Unterschied zwischen beiden Delikten ausgedrückt werden.[1]) Binding[2]) geht in richtiger Erkenntnis dieses alleinigen Unterscheidungsmerkmales sogar soweit, daß er die Unterschlagung „als die vorsätzliche rechtswidrige Aneignung fremder beweglicher, nicht durch Diebesgriff erlangter Sachen" definiert.[3])

[1]) Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, S. 122.

[2]) Bindung, Lehrbuch S. 275.

[3]) Ob eine solche Uminterpretation der jetzigen Fassung statthaft ist, mag allerdings dahingestellt werden. Jedoch halten es auch die neueren Entwürfe (Entwurf 1913 (§ 358), Entwurf 1919 (§ 364), Entwurf 1925 (§ 333) für richtiger, den Unterschlagungsbegriff negativ auszudrücken, daß die Sache nicht in fremdem Gewahrsam stehen dürfe.

Es ist für den Tatbestand des Diebstahls erforderlich, daß der Dieb Eigentum und Gewahrsam angreift. Eine ausdrückliche Aufstellung des Erfordernisses des fremden Gewahrsams in dem Wortlaut des Diebstahlsparagraphen erübrigt sich wohl, da er gemäß § 242 StGB. die Handlung in einem „Wegnehmen" bestehen muß.

Die Unterschlagung dagegen ist reines Eigentumsdelikt. Jedoch genügt zur Unterschlagung nicht alleiniger Mitgewahrsam. Da nämlich unter Gewahrsam[1]) das Verhältnis einer Person zu einer Sache zu verstehen ist, wonach die Person über die Sache mit Ausschluß anderer verfügen kann und auch will[2]), so verletzt der Täter, wenn Mitgewahrsam zwischen ihm und einem anderen vorliegt, durch seine rechtswidrige Zueignung den im Gewahrsam des anderen befindlichen Teil, begeht also damit Diebstahl.

Der Tatbestand der Untreue weicht insofern von dem des Diebstahls und der Unterschlagung ab, als taugliches Subjekt der Untreuehandlung nur solche Personen sein können, welche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft berufen sind, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Von der Untreue unterschieden ist die Unterschlagung dadurch, daß entsprechend dem Diebstahl nur eine Sache unterschlagen werden kann, während Objekt der Untreuehandlung auch eine fremde Forderung bilden kann. Der § 266 Abs. 2 StGB. schützt daher auch obligatorisches Recht. Bevollmächtigte, welche durch Mißbrauch des vom Auftraggeber geschenkten Vertrauens über Forderungen absichtlich zu dessen Nachteil verfügen, können daher nicht wegen Unterschlagung belangt werden. Wesentlich ist bei § 266 Abs. 2 StGB., daß Täter nur ein Bevollmächtigter sein kann, d. h. er muß eine auf einem bürgerlichen Rechtsgeschäfte unter Lebenden beruhende Vertretungsmacht besitzen.

Was endlich das Verhältnis der Unterschlagung zum Betruge (§ 263 StGB.) betrifft, so ergibt sich aus den Abweichungen beider Fassungen, daß sich der Betrug nicht allein gegen das Eigentum oder ein Forderungsrecht, sondern gegen jedes Vermögensrecht richten kann. Bei Gegenüberstellung der Tatbestände beider Delikte läßt sich weiter erkennen, daß die Eigentümlichkeit des

1) Die Hinzufügung des Besitzes im Tatbestand des § 246 StGB. soll nur andeuten, daß Besitz im Sinne von Gewahrsam verstanden werden soll. Frank, § 246 II, 3.

2) Meyer, a. a. O. S. 447.

Betruges weniger das Objekt als das Täuschungsmittel betrifft, das angewandt den äußeren Tatbestand in folgender Kausalreihe: Täuschungshandlung — Irrtum — Vermögensbeschädigung[1]) verwirklicht.

§ 2.

b) Tatbestand der Unterschlagung.

Nach dieser Abgrenzung des Begriffs der Unterschlagung von den übrigen Vermögensdelikten insbesondere Diebstahl, Untreue und Betrug, sei nunmehr unsere Untersuchung auf die Tatbestandsmerkmale der Unterschlagung, soweit sie nicht schon behandelt sind, in Kürze gerichtet.

Zunächst ist Objekt der Unterschlagung stets ein „res corporalis", d. h. ein körperlicher Gegenstand. § 246 StGB. benutzt den mit diesem identischen Ausdruck: „Sache". Es folgt daraus, daß eine Unterschlagung an Rechten, insbesondere Forderungen nicht begangen werden kann.[2]) Jedoch sind die rechtsbegründenden oder beweisenden Urkunden nicht den Forderungsrechten gleichgestellt.[3]) An diesen Urkunden (z. B. Schuldscheine und Sparkassenbücher[4]) ist eine Unterschlagung daher sehr wohl möglich.

Zu den „Sachen" gehören alle Gegenstände, die im Sinne der Physik als „Körper" erscheinen.[5]) Sachen müssen daher räumlich gefaßte Gegenstände sein. Nicht notwendig ist ihr bestimmter Aggregatzustand. Daher rechnen auch Wasser und Gas, soweit sie nur räumlich begrenzbar sind, zu den „Sachen".[6])

Die Frage, ob man nicht auch die Elektrizität als Sache ansprechen kann, hat Jahre lang Anlaß zu lebhaftem Streit gegeben. Nach dem Erlaß des Gesetzes betr. die Entziehung der elektrischen Arbeit (9. April 1900) ist jedoch für den Diebstahl diese Frage gegenstandslos geworden, da die Entwendung der Elektrizität jetzt stets nach diesem Gesetz beurteilt wird.

Es können aber aus diesem Gesetz nicht gleiche Folgerungen für die Unterschlagung gezogen werden.[7]) Denn dieses Gesetz will die elektr. Energie nur beim Diebstahl als „Sache" gewertet

[1]) Frank, § 263, I.
[2]) Draheim, a. a. O., S. 29, RG. 33, 44, 24, 50.
[3]) Höpfner, S. 117.
[4]) RG. Bd. 12, 313.
[5]) Frank, § 242, I.
[6]) RG. 14, 121.
[7]) Kohlrausch, a. a. O. Bd. 20, S. 8.

wissen, nicht aber gilt Gleiches auch für die Unterschlagung. Eine solche Rechtsanwendung kann niemals gestattet sein. Mithin ist die Streitfrage, ob die Elektrizität als „Sache" anzusehen ist, für die Unterschlagung immer noch von Bedeutung.[1]) Man wird m. E. die Elektrizität dann als „Sache" ansprechen müssen, wenn es der Technik gelungen ist, diese Kraft derart zu beherrschen, aufzuspeichern und zu messen, daß sie im Verkehr wie eine selbständige Sache behandelt wird. Tatsächlich scheint die neuere Physik dazu zu neigen, in der Elektrizität eine Materie zu sehen. Jedoch geben die Feststellungen der Technik bisher noch nicht genügend Anlaß, die Elektrizität als „Sache" im Rechtssinne zu behandeln. Richtiger ist daher die Annahme, daß die Elektrizität nicht vom Begriffe der „Sache" umfaßt wird.[2]) Damit ist aber die Möglichkeit, an elektrischer Energie Unterschlagung zu begehen, ausgeschlossen.

Weiter muß die Sache eine „bewegliche" sein. „Beweglichkeit" ist hier im rein tatsächlichen Sinne zu verstehen, d. h. sie muß bewegbar sein. Wenn ein anderes Gesetz als das Strafgesetz eine Sache zu einer unbeweglichen im Sinne dieses Gesetzes stempelt, so z. B. § 864 ZPO. die eingetragenen Schiffe, so bleibt sie trotzdem im Sinne des Strafgesetzes eine bewegliche. Der Beilegung einer Immobiliar-Qualität kann demnach strafrechtlich keine Bedeutung beigemessen werden. Nicht hinderlich ist es für den Tatbestand der Unterschlagung, wenn die Sache erst zu einer beweglichen gemacht wird.[3])

Erforderlich ist weiter, daß die Sache eine „fremde" ist. „Fremd" ist für den Täter die im Eigentum eines anderen stehenden Sache. An seiner eigenen Sache kann man keine Unterschlagung begehen. Ebenso sind aus dem Kreise der Unterschlagungsobjekte die herrenlosen Sachen, die entweder noch im Niemandes Eigentum standen, oder die der bisherige Eigentümer aufgegeben (derelinquiert) hat, ausgeschlossen. Bloßes Miteigentum schließt jedoch die Möglichkeit der Unterschlagung nicht aus: denn, da außer dem Täter eine von ihm verschiedene Person Miteigentum an der Sache hat, ihm demgemäß nur ein ideeller Anteil zusteht, ist sie im übrigen für ihn eine „fremde".[4])

1) Daß die elektrische Energie als taugliches Objekt der Unterschlagung dienen kann, möge folgendes Beispiel erhellen: B., dem A. einen Akkumulator in Verwahrung gegeben hat, entleert diesen entgegen dem Willen des A, Höpfner S. 130.
2) v. Liszt, § 127, II Abs. 2, Binding, Lehrbuch S. 258; RG. 29, 111, 32, 165.
3) Siehe die Beispiele bei Frank § 242, II, Ziethen, S. 9.
4) Frank § 242, III, 1, RG. 4, 84, 6, 239.

Die Frage des Eigentums ist ausschließlich nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Nicht anzuerkennen ist ein besonderer strafrechtlicher Eigentumsbegriff. Die von der älteren preußischen Praxis begründete Lehre vom „strafrechtlichen Eigentum" ist gänzlich unhaltbar. In einer Entscheidung des preußischen Obertribunals vom 16. Juni 1879 heißt es, daß für die Auslegung des § 246 StGB. der Eigentumsbegriff des Zivilrechts nicht maßgebend sein könne; es müsse vielmehr für das Strafrecht ein besonderer Eigentumsbegriff aufgestellt werden. Zwar hat diese Lehre in der Folgezeit ihre Anhänger[1]) gefunden, jedoch kann man sie heute als veraltet bezeichnen. Will man einen besonderen strafrechtlichen Eigentumsbegriff anerkennen, so muß man notwendig Strafrecht und Zivilrecht als begriffliche Gegensätze werten. Diese unliebsame Konsequenz zeigt deutlich, wie unhaltbar und unbegründet die Aufstellung eines besonderen Strafrechtseigentum ist: denn Strafrecht und Zivilrecht sollen sich in ihren Berührungspunkten ergänzen, nicht aber begriffliche Gegensätze bilden. Das Zivilrecht muß daher bei der Frage des Eigentumsüberganges ebenso für das Strafrecht unbedingt maßgebend sein. Die neue Literatur hat die Lehre vom strafrechtlichen Eigentum endgültig aufgegeben.

Der subjektive Tatbestand der Unterschlagung erfordert eine „rechtswidrige Zueignung".

Der Zueignungsbegriff ist in der Literatur sehr umstritten. So häufig über den Zueignungsbegriff geschrieben worden ist, so verschieden sind auch die Ansichten der Schriftsteller über ihn. Die Aufstellung eines einheitlichen Zueignungsbegriffes ist bisher nicht gelungen. Nur besteht darüber Einklang der Meinungen, daß die Zueignung nicht Eigentumserwerb, und der Zueignungsvorsatz nicht auf diesen Erwerb gerichtet sein muß[2]).

Da eine kritische Behandlung aller über das Wesen der Zueignung gegebenen Definitionen über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen würde, seien hier nur die Hauptgesichtspunkte, nach denen der Zueignungsbegriff bestimmt zu werden pflegt, erwähnt. Nach Zimmer[3]) lassen sich gemäß der Anschauung der Schriftsteller zwei Gruppen gegenüberstellen. Die

[1]) Besonders Schwarze a. a. O. § 246,6, Hahn, a. a. O. § 246 Anm. 2.
[2]) Zwar ist die Wahl des Ausdrucks „Zueignung", wie Gleispach a. a. O., S. 9 sagt für ihre Wesensbestimmung sehr irreführend, da dieser leicht zu dem Schluß drängt, sie in engste Beziehung zum Eigentum zu bringen.
[3]) Zimmer a. a. O. S. 7.

eine Gruppe[1]) sucht den Zueignungsbegriff vom formal juristischen Standpunkte aus zu bestimmen. Dagegen behauptet die andere[2]), daß die Zueignung nicht als ein dem Eigentum ähnliches Verhältnis aufgefaßt werden dürfte, sondern daß der Zueignungsbegriff wirtschaftlichen Inhalt habe, die Zueignung immer für den Handelnden wirtschaftlichen Wert besitze.

Da nun auf diesem Gebiete von einer herrschenden Meinung nicht gesprochen werden kann, und selbst die Praxis große Schwankungen aufweist, bereitet eine Definition, deren Anwendung in allen Fällen befriedigend ausfallen wird, große Schwierigkeit. Jedoch glaube ich, wird man der Auffassung den Vorzug geben müssen, die die Begriffsbestimmung vom wirtschaftlichen Standpunkt aus erfolgen läßt.

Das Erfordernis der Herstellung eines dem Eigentum ähnlichen Verhältnisses, daß die Anhänger der formal-juristischen Begriffsbetstimmung aufstellen, fehlt aber in den Fällen, wo die Zueignung durch Veräußerung oder Verbrauch erfolgt. Veräußert jemand eine ihm anvertraute Sache, so wird, wie Gleispach[3]) richtig sagt, dabei überhaupt kein Verhältnis zur Sache begründet, sondern vielmehr das rein tatsächliche Verhältnis aufgelöst. Richtiger ist jedoch die Begriffsbestimmung der Zueignung vom wirtschaftlichen Standpunkte aus gesehen, denn die Veräußerung oder der Verbrauch einer Sache wird für den Täter stets einen wirtschaftlichen Wert bedeuten. Daher möchte ich mich der Auffassung Frank's[4]) anschließen, der die Zueignung definiert als „die Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach in der Absicht andere davon auszuschließen".

Die in der Praxis am häufigsten auftretenden Fälle der Zueignungsakte sind Veräußerung, Verbrauch und Verpfändung.

Unter Veräußerung ist jede Weitergabe des Objektes, die es dem Berechtigten entzieht, zu verstehen. Gleichgültig ist bei der Veräußerung, ob die Weitergabe gegen oder ohne Entgelt erfolgt.[5]) Die Veräußerung gegen Entgelt läßt hinsichtlich des wirtschaftlichen Wertes, den der Täter in dem Entgelt für sich

1) Merkel, HH. III, S. 698 ff., Liszt § 127, V; Hälschner, II, S. 299; Höpfner, S. 124.
2) Frank § 242, VII 2a, Gleispach S. 17, Harburger Bd. 6, S. 212, ähnlich RG. 40, 10, 50, 255.
3) Gleispach, S. 24.
4) Frank, § 242, VII, 2a.
5) Allfeld a. a. O. S. 436; RG Entsch. 11, 17; 17, 59. Gleispach, a. a. O. S. 44.

erlangt, keinen Zweifel bestehen. Aber auch selbst wenn die Weitergabe unentgeltlich erfolgt, werden die Motive, die den Geber der Zuwendung bestimmen, in den meisten Fällen einer wirtschaftlichen Grundlage nicht entbehren, denn der Täter erlangt dadurch, daß er über die Sache beliebig verfügen kann, zweifellos einen Vorteil.[1]) Damit ist auch der vielfach erhobene Einwand der Gegner der wirtschaftlichen Begriffsbestimmung abgetan.

Verbrauch, nicht dagegen ein bloßes vorübergehendes Gebrauchen ist Zueignung. Die Sache muß in die Machtsphäre des Täters gelangt und der Berechtigte gänzlich von dem Werte des Objekts ausgeschlossen sein. Wenn die Absicht des Täters nicht auf völlige Beherrschung der Sache geht, so wird selbst bei Wertminderung Zueignung nicht gegeben sein, da die Sache ja im übrigen dem Eigentümer belassen wird. Erst wenn die Sache infolge ihres Gebrauchs „verbraucht" ist, wird man Zueignung annehmen dürfen. Das Reichsgericht[2]) hält „Verbrauch" dann für gegeben, wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im wesentlichen nicht mehr erfüllen kann, wenn sie im wirtschaftlichen Sinne eine andere geworden ist.

Verpfändung ist nur dann Zueignung, wenn der Verpfänder bei Vornahme der Verpfändung garnicht die Absicht hatte, die Sache wieder einzulösen. Die Willensrichtung des Täters muß auf unbedingte Veräußerung der Sache gehen. Maßgebend ist nur der, wenn auch unbegründete Glaube des Täters, die Sache wieder einlösen zu können.[3]) Als weitere Zueignungshandlung kommt in Betracht die Zerstörung, wenn sie dem Täter wirtschaftlichen Wert bedeutet, gleichviel ob der wirtschaftliche Wert in der Zerstörung oder in der Sache selbst liegt.[4])

Ferner können Zueignungsakte sein: Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Ableugnen oder Beiseiteschaffung einer Sache, kurz, wie Gleispach[5]) sagt, „jedes Verfahren mit der Sache, wodurch deren individuelle Erkennbarkeit aufgehoben wird".

[1]) Siehe Literatur zu 2 (s. S. 17, Note [5]).
[2]) RG. 44, 335.
[3]) Binding, Lehrbuch S. 269; Frank, § 242, VII 2a, Olshausen, § 246, 30b. Dagegen behauptet Liszt § 127, V, daß nur begründeter Glaube an die Einlösungsfähigkeit die Zueignung ausschließe.
[4]) Frank § 242, VII 2a; and. Ans. Olshausen § 242, 30, der Zerstörung schlechthin als Zueignung ansieht;
[5]) Gleispach a. a. O., S. 46.

Bei der Begriffsbestimmung der Zueignung muß gerade hinsichtlich der Unterschlagung besonders betont werden, daß die Zueignung eine nach außen hin in Erscheinung tretende Handlung ist. Der Wille des Täters muß in Verbindung mit einer erkennbaren Handlung treten. Handlung aber ist die „bewußte, willkürliche, durch körperliche Bewegung, kraft der Gesetze der Kausalität hervorgerufene Einwirkung auf die die Außenwelt".[1]) Die Fassung der Zueignungsabsicht ohne die Verwirklichung dieses Anregungswillens ist daher als Zueignung rechtlich nicht bedeutsam.[2])

Im Gegensatz dazu stellen einige Schriftsteller[3]) die Zueignung als rein inneren Vorgang hin. Die Zueignung sei schon durch den alleinigen Willensentschluß vollzogen. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ergibt sich aber aus der Strafbarkeit des Versuchs bei Diebstahl und Unterschlagung[4]). Ein Versuch ist nur durch eine Handlung möglich. Das Gesetz verlangt in § 43 StGB ausdrücklich eine Willensbetätigung.

Die Zueignung ist daher nur dann vollzogen, wenn zwischen Zueignungshandlung und Zueignungsvorsatz eine Verbindung besteht.

Als weiteres Tatbestandsmerkmal muß „die Rechtswidrigkeit" hinzutreten. Das Gesetz bedroht nicht die Zueignung einer fremden Sache schlechthin mit Strafe, sondern verlangt als besonderes Erfordernis, daß der Täter sich die Sache rechtswidrig zueignet. In Ansehung der Rechtswidrigkeit ist erforderlich nur das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, also keinesfalls, daß der Vorsatz des Täters sich auch auf diese Rechtswidrigkeit erstrecken muß.[5]) Die Rechtswidrigkeit muß objektiv sein. Objektive Rechtswidrigkeit ist immer dann gegeben, wenn die Zueignung zu der rechtlichen Eigentumsordnung in Widerspruch steht, d. h. ohne rechtlichen Rechtfertigungsgrund geschieht.

Die Zueignung ist daher nicht rechtswidrig, wenn sie mit Einwilligung des Eigentümers erfolgt. Dabei ist die Art der Einwilligung oder die Kenntnisnahme des Täters von dieser nicht entscheidend.[6]) Selbstverständlich begeht auch der keine Unterschlagung, der im Falle einer erlaubten Selbsthilfe (§ 229 BGB) handelt, oder dem sonst ein fälliger Anspruch aus irgend einem Rechtsgrunde auf Uebereignung der weggenommenen Sache zu-

1) RG 20, 146.
2) So die herrschende Lehre.
3) Höpfner, S. 124; Eckstein, Ger. S. 80, S. 283 ff.; Krebs, a. a. O. S. 74.
4) Frank § 246, III.
5) Höpfner a. a. O., S. 25; Gleispach a. a. O. S. 49.
6) Merkel HH. III, S. 702.

steht. Nicht dagegen wird die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, wenn der Täter zwar ein Recht auf Zueignung einer Sache hat, aber statt dieser eine andere, wenn auch vollkommen gleichwertige Sache sich zueignet.[1]) Der Vorsatz des Täters muß bei der Unterschlagung auf Zueignung gerichtet sein. Der Täter muß sich bewußt sein, daß die Sache im Eigentum eines anderen steht, und daß die Zueignung rechtswidrig ist.

Der erforderliche Vorsatz ist dann zu verneinen, wenn der Täter annimmt, die Sache sei seine eigene, oder er handele in der Annahme, er sei zur Zueignung berechtigt. Ob ein berechtigter Grund für diese Annahme vorlag, ist hier nicht von Bedeutung, doch genügt in dieser Beziehung dolus eventualis[2]). Ebenso muß man auch dann das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verneinen, wenn der Wegnehmende irrtümlich glaubt, daß der Eigentümer mit der Zueignung einverstanden sei, bezw. bei erlangter Kenntnis sein werde. In allen diesen Fällen fehlt dem Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Der Tatbestand der Unterschlagung ist nicht erfüllt.

Qualifiziert ist die Unterschlagung, wenn die Sache, die zugeeignet wird, dem Täter „anvertraut" ist. Anvertrauen ist kein juristisch-technischer Ausdruck[3]), sondern ist auf allgemeinen Sprachgebrauch zurückzuführen.

Anvertraut sind demnach Sachen, über die dem Täter eine Verfügungsgewalt eingeräumt worden ist in dem Vertrauen, er werde diese nur im Sinne des andern gebrauchen.[4]) Anvertraut ist eine Sache z. B. dem Verwahrer, Vormund, Leiher, Verkaufskommissionär, dem Faustpfandgläubiger, kurz jedem, dem bei Uebergabe die Verpflichtung auferlegt wird, die Sache an den Eigentümer oder einen Dritten herauszugeben.

Nicht erforderlich ist die Identität des Eigentümers und des Anvertrauenden. Man spricht hier vom mittelbaren Anvertrauen.[5]) Wenn bei Kauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB) der Käufer die Sache einem Dritten übergibt, damit dieser diese dem Eigentümer wieder zustelle, so ist sie dem Dritten im Sinne des § 246, StGB anvertraut.[6]) Jedoch gilt eine Sache nur dann

[1]) Merkel HH, III, S. 702.
[2]) RG. 49 140.
[3]) Gleispach a. a. O., S. 93; ebenso die Rechtsprechung des RG. 9, 337 40. 222.
[4]) RG. 4, 386; Draheim a. a. O., S. 25.
[5]) Thode a.a.O., S.45; Gleispach a.a.O., S.94. Aschrott-Kohlrausch a.a.O. S.347.
[6]) Allerdings erforderlich für den Begriff „anvertrautes Gut" ist, daß die Sache sich im „Vermögen" des Treugebers befunden haben muß, da sonst von einem Anvertrauen nicht gesprochen werden kann. S. Aschrott-Kohlrausch a. a. O. 347, R. G. Z. 84, 217, 74, 308.

anvertraut, wenn die Rechtfertigung des Vertrauens im Interesse des Eigentümers liegt.[1]) Verletzt die Begründung der Treuhänderschaft das Eigentumsrecht des Eigentümers, so ist der Qualifikationsgrund des § 246 StGB nicht gegeben. Uebergibt z. B. der Dieb die gestohlene Sache einem Dritten, damit die Zurückerlangung für den Eigentümer noch schwieriger wird, so ist die Sache nicht anvertraut.

Der Anvertrauende muß die Sache nicht notwendig dem Treuhänder körperlich übergeben. So kann der Eigentümer mit dem Täter, der die Sache durch Zufall in Gewahrsam hat, ein Rechtsgeschäft abschließen, demzufolge dem Täter die Sache anvertraut wird. A., dem eine Sache verloren gegangen ist, vereinbart mit dem Finder B., daß dieser sie zur Verfügung des A. halten oder sie zu einem von A. bestimmten Zwecke verwenden soll. Es liegt hier eine Treuhänderschaft vor, die in analoger Weise wie die Eigentumsübertragung bei der „brevi manu traditio" (§ 929 Abs. 2 BGB) begründet wird[2]).

Notwendiges Erfordernis ist das Bewußtsein des Treuhänders, daß ihm die Sache anvertraut ist. Es muß das Bewußtsein des Täters hinzutreten, daß er durch seine Zueignung die Verpflichtung verletzt, die ihm zustehende Verfügungsmacht nur im Sinne des Anvertrauenden zu gebrauchen.[3])

§ 3.

2. Der Begriff der Vertretbarkeit.

Der Begriff der Vertretbarkeit geht zurück auf das römische Recht. Schon in den römischen Quellen[4]) findet man den Begriff der Vertretbarkeit von der Erkenntnis ausgehend, daß vertretbare Sachen immer solche sind, die in Mengen auftreten, als „res quae pondere, numero mensura consistunt" definiert[5]). Obgleich nun die Definition schon in den Institutionen gegeben ist, so bleibt es doch sehr schwierig, den Begriff der Vertretbarkeit in seiner ganzen Tragweite zu erfassen.

Im Gegensatz zu den nicht vertretbaren Sachen (species), die im Verkehr als bestimmte Einzelstücke behandelt und nach indi-

1) Höpfner a. a. O., S. 131; RG. 40, 222; Frank § 246, VI
2) Näheres bei Gleispach, a. a. O., S. 94.
3) Draheim a. a. O., S. 60; Höpfner a. a. O., S. 131.
4) l. 2 § 1 Dig. 12, 1.
5) Von dem in derselben Stelle angeführten Satz: „In genere suo functionem recipiunt quam specie", wird der vielfach gebräuchliche Ausdruck „fungibilie" hergeleitet.

viduellen Merkmalen bezeichnet werden, so z. B. Rennpferde, Edelsteine, Kunstwerke etc., werden die vertretbaren Sachen nach Gattungsmerkmalen (genere) bestimmt.

„Einer Gattung gehören", wie Havenstein[1]) sagt, „alle Dinge an, welche die von einem Gemeinnamen bezeichneten Eigenschaften besitzen". Alle Gegenstände, überhaupt alles vorhandene, kann man, nach bestimmten Gesichtspunkten geordnet, zu einem Gattungsbegriff zusammenfassen. Es gibt eine Fülle von Möglichkeiten, das Gegebene nach bestimmten Merkmalen zu gliedern. Spreche ich z. B. auf einem Viehmarkt von braungefleckten Tieren, so werden braungefleckte Kühe, Ochsen, Pferde etc. nach der braunen Farbe, die ihre Gemeinsamkeit aufweist, zu einen Gattungsbegriff zusammengefaßt.

Notwendig ist es aber, daß die Merkmale der Gattung von jedermann leicht wahrgenommen werden können.[2]) Bei Gemälden weiß jeder den Unterschied zwischen Portraits und Landschaftsbildern zu machen. Jeder wird leicht das Gemeinsame der Portraits oder Landschaftsbilder herauszufinden und sie nach dem Gemeinsamen zu einem Gattungsbegriff vereinigen. Anders ist es jedoch bei der Feststellung der Bilder z. B. eines gewissen Künstlers X., es sei denn, daß die Bilder durch eine besondere Malweise des Künstlers, wie z. B. die durch ihre eigenartigen Lichteffekte leicht erkennbaren Bilder Rembrandts, von jedem Beschauer leicht bestimmt werden können.

Alle vertretbaren Sachen gehören einer Gattung an und werden nach Merkmalen der hier festgestellten Art bestimmt. Nicht aber sind alle Gattungssachen vertretbare Sachen. Spreche ich von den Pferden des Landwirts X., so gehören dazu Hengste, Stuten, Fohlen etc. und werden von dem Gattungsbegriff „Pferde" des Landwirts X. umfaßt. Daraus läßt sich aber unmöglich der Schluß ziehen, daß die Tiere untereinander vertretbar sind. Der vielfach übersehene Unterschied zwischen Gattungssachen und vertretbaren Sachen liegt eben darin, daß der Begriff der Gattungssachen auf subjektiver Bestimmung nach gewissen Merkmalen beruht, während die vertretbaren Sachen durch Eigenschaften der Sache selbst gekennzeichnet werden. Zwar wird im BGB der Unterschied zwischen Gattungs- und vertretbaren Sachen gemacht, doch tritt, wie Langheineken[3]) nachweist, der

[1]) Havenstein, Gruchots Beitr. Bd. 55, S. 455.
[2]) Thode a. a. O. S. 3.
[3]) Langheineken, Zeitschr. f. d. Rechtspflege Bayerns. Bd. 7. S. 149 ff. u. 176 ff.

Gegensatz zwischen den vertretbaren Sachen und den mit ihnen verwandten Gattungssachen nicht immer deutlich hervor, vielmehr werden häufig die Begriffe untereinander verwechselt.

Die Eigentümlichkeit der vertretbaren Sachen liegt darin, daß sie durch gleichartige Sachen einer entsprechenden Quantität und Qualität ersetzt werden können. Vertretbare Sachen sind solche Gattungssachen, die untereinander wirtschaftlich so geringe Unterschiede aufweisen, daß sie innerhalb der Gattung ihre Individualität abgestreift haben. Alle Stücke derselben Gattung gleichen einander so, daß ein Stück für das andere gegeben werden kann. Ein Bauer leiht sich von seinem Nachbarn einen Zentner Weizen. In diesem Falle wird es dem Nachbar gleichgültig sein, welchen Zentner Weizen er zurückerhält. Das rechtliche Interesse des Nachbarn ist durch die Gewährung eines „tantundem", d. h. eines vollen Zentner Weizens völlig gedeckt.

Um den Begriff der Vertretbarkeit eindeutig zu bestimmen, definiert das Gesetz in § 91 BGB. im Anschluß an die oben zitierte Institutionenstelle die vertretbaren Sachen als solche „bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt zu werden pflegen".[1])

Entsprechend dem Wortlaut des Paragraphen können nur bewegliche Sachen vertretbar sein. Grundstücke sind daher aus dem Kreis der vertretbaren Sachen ausgeschlossen. Wenngleich auch Grundstücke an Größe oder Bodenbeschaffenheit sich vollkommen gleichen können, so wird, wie Hölder[2]) sagt, doch nie die Lage ohne Bedeutung sein.

Vertretbar sind fast regelmäßig die verbrauchbaren Sachen, doch können auch Gegenstände, deren Bestimmung nicht im Verbrauche liegt, vertretbare Sachen sein, z. B. Bücher, Pflastersteine etc.

Nur wenn Sachen allgemein im Verkehr nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt zu werden pflegen, sind sie vertretbar.

Maßgebend ist daher allein die Anschauung des Verkehrs. Nicht möglich ist es, daß durch Parteivereinbarung vertretbare zu nichtvertretbaren Sachen und umgekehrt werden. Denn die Vertretbarkeit nach objektivem Maßstab der Verkehrssitte bestimmt, ist vom Parteiwillen gänzlich unabhängig.[3])

---

[1]) Zwar ist durch diese Definition nicht das eigentliche Wesen der Vertretbarkeit gekennzeichnet, doch hat das Gesetz hiermit Merkmale angegeben, die die vertretbaren Sachen von anderen leicht unterscheiden lassen. Vgl. Gleispach, a. a. O., S. 103.

[2]) Hölder, § 91, I.

[3]) Siehe Gleispach, a. a. O. S. 101.

Bedeutungslos und nicht entscheidend für die Beurteilung sind persönliche Liebhabereien. Eine Münze, die jemand als Andenken an irgend ein Ereignis aufhebt, und die für ihn einen besonderen Wert bedeutet, ist trotz ihres vielfach hohen Liebhaberwertes doch im Verkehr vertretbar. Affektionswerte werden demgemäß beim Begriff der Vertretbarkeit nicht berücksichtigt.

All dies schließt aber nicht aus, daß eine an sich vertretbare Sache im Einzelfalle im Stück (in specie) bestimmt werden kann. Kaufe ich ein bestimmt ausgesuchtes Auto unter Serienwagen, so ist Gegenstand der Verpflichtung nur dieser von mir bezeichnete Wagen. Wenn die Parteien von der Verkehrsauffassung dadurch abweichen, daß sie vertretbare Sachen aus irgendwelchen Gründen individuell bestimmen, so berührt dies keineswegs die objektive Eigenschaft der Vertretbarkeit.[1])

Ebenso können an sich nicht vertretbare Sachen nicht durch Parteivereinbarung zu vertretbaren werden. Bestelle ich beim Züchter X. einen deutschen Schäferhund, so ist mir jeder deutsche Schäferhund vom Züchter X. genehm. Zwar ist die geschuldete Leistung in diesem Falle Gattungsschuld, doch besitzen die deutschen Schäferhunde des Züchters X. nicht untereinander Vertretbarkeit.

Gestattet ist daher den Parteien im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht vertretbare Sachen, wie vertretbare und umgekehrt zu „behandeln".[2]) Die juristische Bedeutsamkeit verändert an dem Wesen der Vertretbarkeit nichts. Die vertretbare Sache ist und bleibt vertretbar.

Vertretbare Sachen sind, um Beispiele zu nennen, Waren, wie Getreide, Oel, Wein, Chemikalien, Kaffee von einer bestimmten Art und Güte, desgleichen börsenartige Wertpapiere einer bestimmten Gattung u. a. m.

Unter den vertretbaren Sachen ist das Geld die weitaus wichtigste.

Geld ist das staatlich anerkannte Tauschmittel und dient als allgemeiner Wertmesser für andere Güter. Es vermittelt den Austausch der Güter. Ohne solches Tauschmittel wird ein Austausch nur dann möglich sein, wenn erstens dem anderen Teile ein solcher Austausch, z. B. Vieh gegen Getreide, genehm ist

[1]) Siehe Gleispach, a. a. O. S. 101.
[2]) Gleispach, S. 101, will auch eine analoge Behandlung nicht anerkennen. Doch glaube ich dem Sinne nach mit ihm übereinzustimmen.

und zweitens die Güter gleichen Wert besitzen.[1]) Der Tausch wird immer von dem Zusammentreffen bestimmter konkreter Verhältnisse abhängig sein. Das Geld als mittelbares Tauschgut, ist daher beim Gütererwerb wesentlichster Faktor.

Die Eigenschaft des Geldes, Tauschmittel zu sein, macht es zur vertretbaren Sache. Vertretbar sind immer Geldstücke der gleichen Art, z. B. die Silberfünfmarkstücke. Eine weitere Vertretbarkeit, daß z. B. Geldstücke durch Stücke jeglicher Art ersetzt werden können, ist dem Gelde nicht einzuräumen.[2]) Geldstücke verschiedener Art z. B. Gold- und Silbermünzen sind im Verhältnis zueinander nur nach Maßgabe der jeweiligen Währungsordnung vertretbar.[3]) dabei ist jedoch zu bemerken, daß das vollgewichtige Geld (Goldmünzen) unbeschränkt die Scheidemünzen ersetzen kann, wenn die „abstrakte rechnerische Wertgröße der Scheidemünzen diesem gleichkommt".[4]) Nicht aber kann diese Vertretbarkeit umgekehrt den Scheidemünzen gegenüber zugebilligt werden.

Das Geld unterscheidet sich von den übrigen vertretbaren Sachen außerdem dadurch, daß bei diesen wie z. B. bei Korn, Oel etc. die individuellen Eigenschaften schon in der Hand des Einzelnen beachtet werden,[5]) während die Geldstücke erst durch die Verausgabung die Realisierung dieses besonderen ihnen beigelegten Wertes erlangen.

1) Wolff a. a. O. Bd. 4, S. 564.
2) Wolff a. a. O. S. 624; Gleispach a. a. O. S. 108; Thode a. a. O. S. 7.
3) Vgl. Münzgesetz vom 1. VI. 1909 in Fassung vom 4. VIII. 1914.
4) Planck a. a. O. § 91, 1 b.
5) Wolff a. a. O. S. 564.

§ 4.

II. Besonderer Teil.

1. Ueberleitung.

Nachdem wir den Begriff der Unterschlagung und der Vertretbarkeit im einzelnen bestimmt haben, können wir uns nunmehr unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden und im folgenden beide Begriffe in Beziehung zueinander bringen.

Aus der Begriffsbestimmung der Unterschlagung, wie auch der übrigen Eigentumsdelikte erhellt, daß von den Normen des Schutzes gegen das Eigentum das Verbot der Zueignung fremder Sachen die Grundlage der sogen. Eigentumsdelikte bildet.

Während nun die vorsätzliche Ueberschreitung jenes Verbotes bei vertretbaren, wie auch nicht vertretbaren Sachen, die in fremdem Gewahrsam stehen, stets den Tatbestand des Diebstahls verwirklicht, läßt die Aneignung hinsichtlich vertretbarer Sachen, die im eigenen Gewahrsam stehen, für die Unterschlagung Zweifel aufkommen.

Da das Strafgesetz die Vertretbarkeit im § 246 StGB. nicht berücksichtigt, die Strafe nicht von rein tatsächlichen, sondern von rechtlichen Merkmalen abhängig macht, wird in erster Linie die rechtliche Bedeutung der Vertretbarkeit zu würdigen sein. Vornehmlich gilt dies für die Eigentumsfrage.[1])

§ 5.

2. Vertretbare Sachen als Objekt der Unterschlagung.

a) Eigentumserwerb durch Tradition.

Bei der Unterschlagung ist notwendiges Erfordernis eine fremde bewegliche Sache (§ 246 StGB.).

[1]) Da ein besonderes Strafrechtseigentum nicht anzuerkennen ist (siehe S. 18), wird man notwendig bei der hier zu erörternden Eigentumsfrage zivilrechtliche Grundsätze zur Hilfe ziehen müssen.

Bereitet die Feststellung des Eigentums schon allgemein Schwierigkeiten, so steigert sich diese noch, wenn der Sache die Eigenschaft der Vertretbarkeit zukommt. Um die Bedeutung der Vertretbarkeit von Sachen im besonderen hinsichtlich der Eigentumsfrage recht zu würdigen, ist es unvermeidlich, jeweils auf die Schwierigkeiten einzugehen, zu denen das Erfordernis der fremden Sache schon allgemein Anlaß gibt.

Die weitaus wichtigste und am häufigsten auftretende Form der Eigentumsübertragung ist die Tradition. Gemäß § 929 BGB. ist für diese die tatsächliche Uebergabe und der übereinstimmende Wille beider Parteien, Eigentum übergehen zu lassen, erforderlich. Sind beide Bedingungen erfüllt, so ist der Erwerber Eigentümer geworden. Eine Unterschlagung ist daher nicht möglich.

Liegt nun bei der Eigentumsübertragung dem erklärten Willen ein Irrtum zugrunde, so hat dieser nur ihre Anfechtbarkeit, nicht aber ihre Nichtigkeit[1]) zur Folge. Vor vollzogener Anfechtung kann der Erwerber keine Unterschlagung begehen, selbst dann nicht, wenn er den Irrtum alsbald nach der Uebergabe bemerkt. Erst die erfolgte Anfechtung hat gemäß § 142,1 BGB. die Wirkung, daß das Eigentum als nicht übergegangen, die Sache für den Erwerber von Anfang an als fremde gilt. Hat nun der Empfänger die Anfechtbarkeit gekannt, so soll er gemäß § 142,2 BGB. so behandelt werden, als wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gekannt hätte[2]). In strafrechtlicher Beziehung muß jedoch die Folgerung, die sich aus § 142, 2 BGB. ergibt, abgelehnt werden. Trotz der Bestimmung des § 142,2 BGB. kann der Erwerber auch bei nachfolgender Anfechtung wegen solcher Handlungen, die er vor der Anfechtung begangen hat, mangels des zur Unterschlagung erforderlichen Vorsatzes zur Zeit der Handlung nicht bestraft werden, denn es kann unmöglich gestattet sein, im Falle der Anfechtung rückwirkend die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Unterschlagung als gegeben anzusehen[3]).

Während Vorstehendes für die Tradition aller Sachen gilt, ist nunmehr zu untersuchen, ob nicht die vertretbaren Sachen sachenrechtlich besondere Eigentümlichkeit aufweisen.

---

1) Frank § 246, II, 2 a.
2) Rümelin, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 93, S. 241.
3) Allfeld, a. a. O. S. 433; Höpfner, a. a. O. S. 118; RMG. 18, 17.

Der typische Fall, wo der Besitz des einen in den Besitz des anderen übergeht, ist das Darlehn. A gibt dem B 100 Mark zum Darlehen mit der Erklärung, diese ihm nach Ablauf einer bestimmten Zeit zurückzuzahlen. Die beim Darlehen auftauchende Frage des Eigentums ist, da die gesetzlichen Bestimmungen keinen genügenden Aufschluß geben, nur auf Grund der allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, der Natur des Darlehensvertrages und nach dem Willen der Vertragsschließenden zu beantworten. Es wird in erster Linie die allgemeine Bestimmung des § 929 BGB. in Anwendung kommen. Da aber beim Darlehensgeschäft nur selten eine ausdrückliche Einigung erfolgt, andererseits der Darlehensempfänger sich ohne Eigentum das Darlehen nicht zunutze machen kann, wird man dem Zweck des Darlehensgeschäftes entsprechend den Uebereignungswillen ohne weiteres präsumieren dürfen. Im gegebenen Falle wird demnach B Eigentümer des Geldes und kann daran keine Unterschlagung begehen.

Nicht ebenso einfach erweist sich die Eigentumsfrage bei vertretbaren Sachen, in dem Falle, wo der Besitzübergang vorwiegend im Interesse des Uebergebers erfolgt. Gedacht ist an den Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB.). A gibt dem B 5 Ztr. Weizen zur Verwahrung mit der Abrede, er. der A werde diesen bei B hinterlegten Weizen nach Ablauf eines Monats zurückfordern. Wer ist Eigentümer des Weizens? Die Feststellung wird von der Frage abhängig sein, ob A bei Uebergabe den Uebereignungswillen hatte oder nicht. Die ausdrückliche Erklärung des A, er werde „diesen" Weizen zurückverlangen, läßt aber keinen Zweifel für das Fehlen des Uebereignungswillens bestehen. A will unter keinen Umständen Eigentum an dem Weizen verlieren, sondern hat sich das Eigentumsrecht an dem übergebenen Weizen ausdrücklich gewahrt. Die Rückerstattungspflicht des B bezieht sich auf diesen besonders bestimmten Weizen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß dem A in gleicher Weise gedient wäre, wenn er am Fälligkeitstage 5 Ztr. von nämlicher Art und Güte zurückerhielt.

Nun ist aber vielfach behauptet worden[1]), daß die bestimmt erkennbare Willensmeinung des Eigentümers die vertretbare Sache in seinem Eigentum zu erhalten, nicht ausreicht, dieselbe zum Gegenstand einer speziellen Verpflichtung zu machen.

[1]) Siehe die bei Gleispach a. a. O. S. 100 Fußnote 1 angegebene Literatur.

Richtig ist, daß die Vertretbarkeit, nach objektivem Maßstab der Verkehrssitte gemessen, vom Parteiwillen gänzlich unabhängig ist. Durch bloße Vereinbarung kann nicht erreicht werden, daß die vertretbaren Sachen ihrer Vertretbarkeit beraubt werden [1]). Die vertretbare Sache ist und bleibt vertretbar; sie kann als objektive Erscheinung weder durch tatsächliche, noch rechtliche Verhältnisse berührt werden [2]).

Jedoch folgt aus der objektiven Natur der Vertretbarkeit keineswegs, daß nicht im Einzelfalle eine vertretbare Sache speziell geschuldet werden kann. Wird dies von der Gegenseite verneint, so hat das, wie Gleispach [3]) richtig sagt, seinen Grund darin, daß vielfach der Gegensatz zwischen Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit einerseits und genereller und spezieller Verpflichtung andererseits verkannt wird und beide Begriffe nicht genügend auseinandergehalten werden. Wird aber eine strenge Unterscheidung dieser Gegensätze unterlassen, so erklärt sich daraus die unrichtige Behauptung, daß eine vertretbare Sache nur generell geschuldet werden kann.

Zwar ist Gegenstand einer Speziesschuld in der Regel eine nicht vertretbare Sache, doch schließt das nicht aus, daß der Eigentümer eine vertretbare Sache zum Gegenstand einer speziellen Verpflichtung machen kann. Durch die individuelle Bestimmung verliert die Vertretbarkeit einer Sache nicht ihre objektive Eigenschaft. Für die Frage, ob die Verpflichtung eine spezielle oder eine generelle ist, bleibt allein ausschlaggebend der Wille der Parteien. Niemals vermag die Vertretbarkeit einer Sache den Willen der Vertragsschließenden, sie als Speziesschuld zu bestimmen, zu durchkreuzen.

Hat sich also in dem obenerwähnten Falle A durch ausdrückliche Erklärung das Eigentum an dem Weizen gewahrt, so ist die Verpflichtung des B eine „spezielle". Es ergibt sich daraus die Berechtigung auch eine vertretbare Sache als Objekt der Unterschlagung anzusehen.

Die Feststellung der speziellen Verpflichtung begegnet aber Schwierigkeit, wenn eine ausdrückliche Erklärung des Uebergebers, die über den Uebereignungswillen Aufschluß gibt, nicht erfolgte. Bei der Uebergabe von vertretbaren Sachen zur Verwahrung wird es in den weitaus meisten Fällen dem Uebergeber

[1]) a. A. Ziethen a. a. O. S. 51 ff.; Huber a. a. O. S. 98.
[2]) Gleispach a. a. O. S. 100.
[3]) Gleispach a. a. O. S. 100.

völlig gleichgültig sein, ob er dieselbe Sache oder ein „tantundem eiusdem generis" zurückerhält, da sein Interesse nur Sachen von gleicher Qualität und Quantität erfaßt. Unrichtig ist es in diesen Fällen ohne weitere Prüfung, ob die Absicht des Tradenten wirklich auf Eigentumsübergang geht, anzunehmen, daß vertretbare Sachen ohne weiteres mit der Uebergabe in das Eigentum des Empfängers übergehen.

Schwarze[1]) hält dies bei Geldstücken unbedingt für richtig. Er räumt den Geldstücken gegenüber den anderen vertretbaren Sachen eine Sonderstellung ein. In der Fortgabe von Geldstücken liege notwendig ihre vollständige Entäußerung, da deren Ausgabe ihr naturgemäßer Verbrauch sei[2]). Er bestreitet ferner, daß Geld als individuell bestimmte species in Betracht kommen kann und begründet damit den durch Uebergabe eintretenden Eigentumsverlust des Tradenten. Unerheblich sei dabei, ob der Empfänger das Geld durch Vermischung oder Verausgabung konsumiere oder gar das empfangene Geld isoliert halte. Das Eigentum sei mit Hingabe stets erloschen. Selbst wenn der Tradent vor der Hingabe des Geldstückes individualisiere, z. B. durch Verschluß derselben in Rollen, Kisten usw., so erlösche das Eigentum sofort, sobald der Verschluß, wenn auch auf widerrechtlicher Weise wieder weggenommen würde. In allen Fällen stehe dem Uebergeber nur eine persönliche Forderung auf Herausgabe des Geldes zu. Bei Pflichtverletzung könne der Empfänger, der sich nur an eine Forderung vergreife, nur nach den Gesichtspunkten der Untreue bestraft werden. Im übrigen hält Schwarze hinsichtlich der anderen vertretbaren Sachen eine Unterschlagung für möglich.

Richtig ist, daß in den weitaus meisten Fällen in der Fortgabe eines Geldstückes eine Entäußerung liegt, so, wenn es der Uebergeber als Tauschmittel oder als Zahlungsmittel bei einseitigen Leistungen verwendet[3]). Doch geht es nicht an, aus der bestimmungsgemäßen Verwendung von Geld weitgehende Folgerungen abzuleiten und jede Hingabe von Geld notwendig als Entäußerung anzusehen. So besteht kein genügender Anlaß mit Schwarze in dem obengenannten Falle Einbuße des Eigentums anzunehmen. Durch Versiegelung der Geldrollen gibt der Tradent deutlich zu erkennen, daß er Eigentümer bleiben will. Der

[1]) Schwarze, Goltdammers Archiv Bd. 7, S. 293.
[2]) Schwarze a. a. O., S. 293.
[3]) Gleispach a. a. O., S. 120.

Empfänger kann unmöglich diesen Willen durch Entfernung der Isolierung aufheben und den Eigentumsübergang herbeiführen. Wenn Schwarze eine Individualisierung von Geldstücken und eine daraus erwachsende spezielle Verpflichtung des Empfängers nicht anerkennen will, so ist das ebenfalls unrichtig. Gibt man zu, daß für den Tradenten nach Ausgabe von Geldstücken eine Individualisierung und eine spätere Vindikation nicht mehr möglich ist, so gilt dies nicht in gleicher Weise für den Empfänger. Dieser kann das Geld isoliert halten und so dem Tradenten das Eigentum daran wahren. Besteht aber für den Empfänger die Möglichkeit der Individualisierung, warum, so fragt Gleispach [1]) mit Recht, solle die Rechtsordnung, wenn der Tradent sein Eigentum nicht aufgeben will, nicht dem Empfänger die Verpflichtung auferlegen können, das fremde Eigentum zu respektieren. Weiter übersieht Schwarze, wenn er die dolose Handlungsweise des Empfängers nur gemäß § 266 Abs. 2 StGB. bestrafen will, daß es auch Fälle gibt, in denen der Empfänger ohne Wissen und Willen des Eigentümers rechtsmäßig Gewahrsam erlangt [2]). So kann man den Finder niemals als den Bevollmächtigten des Verlierers ansprechen. Finder kann daher keine Untreue begehen. Leugnet man aber eine Unterschlagung an Geldstücken, so ginge der Finder, der die Fundsache sich rechtswidrig zueignet, straffrei aus. Blieben aber solche Vorkommnisse straflos, so würden diese, da sie im kurzen überhandnehmen würden, höchst gefährliche Angriffe auf die Rechtsordnung bilden.

Noch weiter geht Finger [3]), wenn er eine Unterschlagung an vertretbaren Sachen generell ablehnt. Finger behauptet, der Eigentumsübergang ergebe sich aus der besonderen Natur der Vertretbarkeit. Auf Grund ihrer Vertretbarkeit wäre eine Unterscheidungsmöglichkeit nicht gegeben, infolgedessen könne der Tradent die vertretbaren Sachen nach Uebergabe unmöglich vindicieren. Der Verlust der Vindikationsmöglichkeit sei für den Tradenten gleichbedeutend mit Verlust des Eigentums.

Die Voraussetzung, von der Finger bei seiner Behauptung ausgeht, ist aber unrichtig. Bei vertretbaren Sachen wird man nicht selten Unterscheidungsmerkmale feststellen können, da sie in den wenigsten Fällen einander so gleichen, daß nicht ein aufmerksamer Beobachter einen Unterschied wahrnehmen könnte [4]).

---

1) Gleispach a. a. O. S. 121.
2) Lindenau a. a. O. S. 18.
3) Finger a. a. O. S. 74 ff.
4) Thode a. a. O. S. 9.

Dies trifft besonders bei Papiergeld zu, da Staats- und Banknoten stets mit Nummern versehen zu werden pflegen. Sicher wird in der Praxis dieses Erkennungszeichen selten beachtet werden[1]), doch genügt allein schon die Möglichkeit der Erkennbarkeit, die Behauptung Fingers zu widerlegen, vertretbare Sachen seien nicht individuell zu erkennen. Jedenfalls führt es zu weit, die Nichtunterscheidbarkeit bei vertretbaren Sachen allgemein anzunehmen und daraus weitgehende Folgerungen zu ziehen.

Eine weitere Stellungnahme zu den Ansichten Schwarze's und Finger's erübrigt sich, da die Bestimmungen des neueren Zivilrechts entschieden gegen eine Sonderbehandlung der vertretbaren Sachen, insbesondere Geld sprechen.

So beweist § 935 BGB. die völlige Unhaltbarkeit der von ihnen aufgestellten Sätze. Es wäre, wie Gleispach[2]) richtig erkennt, die Bestimmungen des § 935 BGB., daß die Eigentumsklage gegen gutgläubige Erwerber ausgeschlossen ist, gänzlich überflüssig, wenn man davon ausginge, der Erwerber von Geld werde regelmäßig Eigentümer[3]).

Somit gewinnen wir das Resultat: Bei Uebergabe von vertretbaren Sachen ist nur dann Eigentumserwerb durch den Empfänger anzunehmen, wenn die Absicht des Tradenten, Eigentum zu übertragen, sich mit Sicherheit feststellen läßt. Richtet sich der Wille des Tradenten nicht in Wirklichkeit auf Eigentumsübertragung, so ist die übergebende Sache in der Hand des Empfängers eine „res aliena", gleichviel, ob der Sache die Eigenschaft der Vertretbarkeit zukommt oder nicht.

Die größten Schwierigkeiten bei der Feststellung der „res aliena" begegnen uns, wenn im Falle der Stellvertretung sich nicht mit Sicherheit feststellen läßt, auf welche Person die Uebertragungsabsicht des Tradenten sich richtet, ob auf den ihm als Empfänger gegenüberstehenden Stellvertreter oder auf den Mandanten.

Bei der Stellvertretung geschieht die Uebergabe der Sache nicht direkt vom Eigentümer an den Erwerber, sondern zunächst an den Vertreter des einen oder des anderen oder auch beider.

[1]) Im kaufmännischen Verkehr ist es vielfach üblich, bei Scheinen von höherem Wert die Nummern aufzuschreiben. Näheres Gleispach S. 122.

[2]) Gleispach a. a. O. S. 124.

[3]) So scheinen auch Schwarze und Finger in Ansehung dieser Bestimmung ihre vorstehend bekämpfte Lehre aufgegeben zu haben. Schwarze, Kommentar a. a. O. S. 706; Finger, Strafrecht 2 Bd. S. 471/72.

Setzen wir zunächst den Fall eines Veräußerungsmandats. Hier erscheint es nicht zweifelhaft, daß der Vertreter weder durch den Auftrag noch durch die nachfolgende Uebergabe der Sache an ihn zum Zwecke der Weiterübergabe das Eigentum an der Sache erwirbt, da der Wille des Vertretenen auf den Vertreter Eigentum zu übertragen, regelmäßig fehlen wird. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß der Vertreter nach außen hin vollständig als Eigentümer erscheint. Uebergibt z. B. der Wechseleigentümer seinem Inkassokommandantar den mit Vollindossament auf den Namen des Mandatars versehenen Wechsel, so bleibt der Wechsel trotzdem für den Mandanten eine fremde Sache[1]). Es fehlt auch in diesem Falle nicht das Erfordernis der fremden Sache, denn ausschlaggebend ist das Auftragsverhältnis, wonach der Auftraggeber stets Eigentümer bleibt[2]), es sei denn, daß der Auftraggeber aus irgendwelchen Gründen dem Vertreter das Eigentum überträgt. Wenn der Vertreter über das ihm anvertraute Gut zu seinem Vorteil verfügt, so begeht er eine Unterschlagung.

Ist die dem Vertreter übergebene Sache eine vertretbare, so wird dieser Eigenschaft für die Frage des Eigentümers keine besondere Bedeutung beigelegt. Die Verpflichtung des Treuhänders besteht darin, daß er die ihm anvertraute Sache einem Dritten zustellt, oder sonst nach bestimmten Weisungen des Auftraggebers verwendet. Insofern ist die Verpflichtung des Treuhänders eine spezielle. Der Wille des Auftraggebers, sein Eigentumsrecht zu wahren, äußert sich gerade in der dem Vertreter speziell auferlegten Verpflichtung. Uebergibt der Eigentümer also dem Treuhänder zum Zwecke der Weiterübergabe eine vertretbare Sache, so begeht dieser, wenn er sich die anvertraute Sache zueignet, Unterschlagung.

Enthält das Mandat eine Empfangsvollmacht, so ist der unmittelbare Eigentumserwerb auf den Vertretenen, an die Voraussetzung geknüpft, daß der Tradent dem letzteren das Eigentum übertragen und der Vertreter für den Vertretenen erwerben will[3]). Hat der Tradent diesen Willen bestimmt erklärt, so ist selbst der geheime Vorbehalt des Vertreters, die Sache für sich selbst zu erwerben, kraftlos. Erklärt der Vertreter beim Empfange ausdrücklich für sich Eigentum erwerben zu

1) Siehe dieses und andere Beispiele bei Kapff a. a. O. S. 49 ff.
2) Ziethen a. a. O. S. 27.
3) RMG. VII, 34.

wollen, so kommt wegen Uneinigkeit eine Tradition überhaupt nicht zustande. Der Beweis für diesen Satz ergibt sich aus den §§ 161,1 und 164,1 BGB.[1]).

Der Tradent bleibt Eigentümer und für den Empfänger bleibt sie eine fremde Sache.

In den meisten Fällen wird nun aber der Uebertragungswille des Tradenten und die Absicht des Vertreters, für den Vertretenen Eigentum zu erwerben nicht so klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß jeder Zweifel ausgeschlossen wäre. Lassen sich aus den Begleitumständen des Geschäfts Momente entnehmen, die einen Schluß auf den Traditionswillen des Uebergebers zulassen, oder ist dem Tradenten die Vertreterstellung des Empfängers persönlich oder gar öffentlich bekannt. z. B. bei Prokuristen, Handlungsgehilfen, Guts- und Forstverwaltern etc., so kann man ohne weiteres annehmen, daß der Tradent direkt an den Auftraggeber tradieren will[2]).

Als Regelfall kann man aber derartiges gewiß nicht hinstellen, vielmehr wird sich diesbezüglich die mangelnde Bestimmtheit des Traditionswillen wohl selten ersetzen lassen. So nimmt die Rechtsordnung allein Rücksicht auf den der Außenwelt kundgegebenen Willen der Parteien. Verschweigt der Vertreter, den Weisungen des Auftraggebers nicht folgend, seine Vertreterstellung und ist diese dem Tradenten unbekannt, so nimmt man an, daß zunächst der Stellvertreter Eigentum erwirbt. Nur er wird aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet. Wie ersichtlich, kommt es bei der Frage des Eigentums nicht in erster Linie auf den Willen des Auftraggebers an: dieser spielt nur eine untergeordnete Rolle. Gibt daher der Veräußerer die Sache einem Vertreter in der Meinung, dieser handle für sich selbst, so wird der Vertreter Eigentümer der ihm tradierten Sache, selbst wenn der Vertreter innerlich fest überzeugt ist, für den Vertretenen zu erwerben, denn der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, kommt nicht in Betracht. (§ 164, 2 BGB). Der Vertreter kann daher keine Unterschlagung begehen.

Diese hier aufgestellten Sätze gelten auch dann, wenn eine vertretbare Sache, insbesondere eine Geldzahlung geleistet wird. Bei einer Geldzahlung wird es wohl als Regel gelten können, daß der Tradent dem Empfänger Eigentum übertragen will. Die

[1]) Höpfner a. a. O. S. 122.
[2]) Ziethen a. a. O. 28; Kapff a. a. O. S. 53.

Annahme, daß der Tradent immer dem Berechtigten Eigentum übertragen will, oder daß er dem Empfänger nur unter der Bedingung tradiere, daß dieser dieselben Stücke an den Berechtigten abliefere, geht m. E. zu weit. Zahle ich an den Bevollmächtigten des Berechtigten, so werde ich durch diese Zahlung liberiert. Gleichgültig kann es mir daher sein, ob der Vertreter dieses oder anderes Geld an den Berechtigten abliefert. Tradiert der Uebergeber unter der Bedingung, daß dieser die Sache auch an den Vertretenen übergeben soll, so muß dies wenigstens bei vertretbaren Sachen im Einzelfalle bewiesen werden. In diesem Falle wird die Sache durch die Vereinbarung der Parteien gleichsam ihrer Vertretbarkeit enthoben. Mit Unrecht nimmt das Reichsgericht [1]) an, daß der Kellner, wenn dieser das Bier am Büfett vom Wirt gegen Marken bezieht, durch Verbrauch des von den Gästen empfangenen Geldes Unterschlagung begehe. In dem Vertrage zwischen Kellner und Wirt liegt die stillschweigende Einigung über die Abtretung aller zukünftigen Forderungen [2]), wenigstens aber das Einverständnis des Wirtes mit der Zueignung der eingenommenen Gelder durch den Kellner [3]). Im Zweifel wird also insbesondere bei Geld — dies im erhöhtem Maße in den Fällen, wo der Tradent das Vertragsverhältnis nicht kennt — die Annahme gerechtfertigt sein, daß der Tradent das Eigentum an den Geldstücken an den Empfänger tradieren will. Nicht auf das einzelne Geldstück kommt es an, sondern vielmehr auf den Wert des Stückes. Die Verpflichtung des Vertreters bezieht sich hinsichtlich der Ablieferung nur auf diesen Geldwert.

Fassen wir nun noch einmal das Ergebnis unserer letzten Untersuchung zusammen, so ergibt das Resultat: Liegt eine Empfangsvollmacht vor, so wird der Vertreter Eigentümer der vom Tradenten übergebenen Sachen, es sei denn, daß der Tradent ausdrücklich erklärt, dem Berechtigten tradieren zu wollen oder diese Willensrichtung aus den ganzen Umständen des Falles zu entnehmen ist. Es ist der unmittelbare Uebergang des Eigentums auf den Geschäftsherrn überall da ausgeschlossen, wo einerseits der Vertreter im eigenen Namen handelt und infolgedessen der Tradent andererseits auf den Vertreter übertragen will. Unrichtig sind deshalb jene Erkenntnisse [4]), die beim kauf-

---

1) Reichsgericht 34, 39.
2) Binding, Lehrbuch S. 279 Nr. 2.
3) Höpfer a. a. O. S. 121 Note 31; gegen das Reichsgericht auch Olshausen § 246 Nr. 7, Frank a. a. O. § 246 II 2 c.
4) RG. Bd. 3, 156, Bd. 13, 178 ff.

männischen Kommissionsgeschäft den Kommissionär, der, wenngleich für fremde Rechnung, so doch im eigenen Namen zu handeln berechtigt ist, bei Zueignung der ihm tradierten Sachen wegen Unterschlagung bestrafen.

Der Einkaufskommissionär erwirbt Eigentum für sich und hat es später dem Kommittenten zu übertragen[1]).

Ist die Sache eine vertretbare, so ist dieser Eigenschaft keine besondere Bedeutung beizumessen, da der Eigentumserwerb des Kommittenten ja selbst dann nicht eintritt, wenn die eingekaufte Ware eine nichtvertretbare, eine spezielle ist.

Ebenso wird der Verkaufskommissionär Eigentümer des Geldes, das er als Entgelt für das Kommissionsgut empfängt. Der vom Kommittenten angestrebte Erfolg wird nur dann erreicht, wenn der Kommissionär die ihm zu Eigentum übertragene Sache dem Auftraggeber weiter übereignet. Bis zu dieser Uebereignung ist der Kommissionär Eigentümer der Sache. Es fehlt daher das Erfordernis der fremden Sache[2]).

Bei der Tradition beschäftigten uns außer den oben erörterten Fällen der Stellvertretung nun noch solche, wo der ursprüngliche Eigentümer das Eigentum selbst überträgt, im Glauben, der Empfänger werde es in seinem Interesse benutzen. Es sind dies die Fälle der fiduziarischen Uebereignung und des depositum irregulare.

A. überträgt dem B. fiduziarisch eine Sache zu Eigentum. B., das ihm geschenkte Vertrauen mißachtend, veräußert die Sache zu seinem Nutzen und verbraucht den Erlös für sich. Hat B. eine Unterschlagung begangen? Es liegt hier ein Rechtsverhältnis vor, das B. nach außen hin vollständig die Stellung eines Eigentümers gibt. Im Innenverhältnis zu A. soll die Sache für B. eine fremde sein. In Ansehung des praktischen Ergebnisses, daß man aus den Bestimmungen des § 43 KO. im Konkurse des Fiduziars für den Fiduzianten ein Aussonderungsrecht herleitet, könnte man leicht geneigt sein, die Sache für den Fiduziar schlechthin als fremde anzusprechen. Dem ist aber nicht zuzustimmen. Der Fiduziar ist formell Eigentümer geworden und ist dementsprechend berechtigt, das ihm übertragene Recht mit voller Selbständigkeit gegen Dritte geltend zu machen. Daran

[1]) Staub a. a. O. Art. 383 § 14; Cosack a. a. O. § 48; V.
[2]) Herrschende Lehre: Jäger KO. § 43 Anm. 38 ff.; Dernburg, BGB. I § 172; Kohler in Jherings Jahrbuch, Bd. 16, S. 353; Enneccerus BGB., Bd. § 133; Wendt, Arch. f. d. zivilistiche Praxis, Bd. 100, S. 483.

ändert auch nichts die Treuepflicht des Fiduziars, daß er das Eigentumsrecht nur nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Fiduzianten bestehenden Vertragsverhältnisses ausüben darf. Mag auch „materiell und wirtschaftlich" im Falle des Konkurses des Fiduziars die Sache zum „Vermögen" des Fiduzianten gehören, so ist doch in Strafsachen der wirtschaftlichen Sachlage keine Beachtung zu schenken, sondern es ist das Erfordernis der fremden Sache stets nach formellem Recht festzustellen [1]). Veräußert in unserem Falle B. die Sache weiter, so begeht er keine Unterschlagung.

Eine Unterschlagung an dem erzielten Erlös ist ebenso ausgeschlossen, es sei denn, daß der Erlös durch Selbstkontrahieren des Treuhänders dem Fiduzianten vorher übereignet ist. (§ 930 BGB., § 181 BGB.) [2]).

Die Vertretbarkeit einer Sache hat auch bei fiduziarischer Uebereignung keinen Einfluß auf das Eigentumsverhältnis, da der Fiduziar Eigentümer sowohl von vertretbaren als auch nichtvertretbaren, ihm zu Eigentum übertragener Sachen wird. Es ist das Delikt der Unterschlagung nicht denkbar, weil das Tatbestandsmerkmal der fremden Sache fehlt.

Ebenso auch, wenn vertretbare Sachen mit der Verabredung übergeben werden, die spätere Restitution solle in genere, nicht aber in specie erfolgen (depositum irregulare § 700 BGB.). Das im § 700 BGB. geregelte Rechtsverhältnis, das nach der Vorschrift des Gesetzes als Darlehen behandelt werden soll, unterscheidet sich von diesem dadurch, daß es nicht überwiegend dem Interesse des Empfängers, sondern dem des Hinterlegers dient. Das Wesen des depositum irregulare besteht weniger in der Eigentumsübertragung, als vielmehr einerseits in der Befugnis des Verwahrers, die Sache für sich zu verwenden und andererseits darin, daß der Hinterleger jederzeit in der Lage ist, ein tantundum eiusdem generis zurückzuerhalten. Die Eigentumsübertragung erfolgt nur um „ein umständliches Individualisieren der übergebenen Sachen zu umgehen, in der Hauptsache aber deshalb, weil das Interesse des Tradenten vollständig durch die Erlangung des tantundem eiusdem generis gedeckt ist" [3]). Nur aus diesem Grunde vereinbaren die Parteien, daß das Eigentum entweder im Augenblick der Uebergabe der vertretbaren Sachen oder von dem Zeitpunkte

---

1) Gleispach a.a.O. S. 140; RG. i. Zivils. Bd. 45, S. 85; a.A. Kapff a.a.O., S. 51.
2) Thode a. a. O., S. 15.
3) Thode a. a. O., S. 16.

ab, wo der Verwahrer sich die Sache befugt zueignet, übergehen soll. Für die Feststellung des Erfordernisses der fremden Sache, ist aber die Eigentumsfrage ausschlaggebend. Da nun beim depositum irregulare das Eigentum stets auf den Verwahrer übergeht, so kann dieser wegen Mangels des Tatbestandsmerkmales der Fremdheit der Sache keine Unterschlagung begehen.

Wenn nun aber das BGB. in der Fassung des § 700 BGB. zum Ausdruck bringt, daß Gegenstand des depositum irregulare nur eine vertretbare Sache sein könne, so ist das unrichtig. Folgendes Beispiel möge dies erhellen. Der Student A. will zu einer anderen Universität übersiedeln. Da er eine spätere Rückkehr für möglich hält, will er seinen Schäferhund, den er aus gewissen Gründen zurücklassen muß, nicht verkaufen. Er befürchtet nämlich, später nicht mehr in der Lage zu sein, einen Hund gleicher Güte wieder kaufen zu können. Nunmehr übergibt A. dem Studenten B. seinen Hund zu Eigentum, ohne von B. Zahlung zu verlangen. A. verabredet aber mit B., daß dieser im Falle seiner Rückkehr verpflichtet sein soll, diesen Hund oder einen von gleicher Güte ihm zurückzugeben. Kehre er, der A., nicht zurück, so solle eine andere Vereinbarung gelten [1]). Diese Verabredung stellt nichts anderes als ein depositum irregulare dar. Wenngleich auch diese Fälle in der Praxis äußerst selten sind, so haben wir doch an diesem Beispiel erkannt, daß auch beim depositum irregulare die vertretbaren Sachen hinsichtlich der Unterschlagung keine Sonderstellung einnehmen.

§ 6.

b) Eigentumserwerb durch Verarbeitung und Vermischung.

Außer durch Tradition jener wichtigsten Art der Eigentumsübertragung kann man auch noch auf andere Weise Eigentum an vertretbaren Sachen erwerben. Neben der Tradition gelten als Hauptformen des Eigentumserwerbes die Verarbeitung und Vermischung.

Die Wertschätzung der Arbeit und der Gedanke, daß einmal geschaffene Werte nicht vernichtet werden sollen, ist im § 950 BGB. soweit durchgeführt worden, daß derjenige, welcher durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine

[1]) Aehnliche Beispiele gibt Thode a. a. O. 18.

neue bewegliche Sache herstellt, das Eigentum an der neuen Sache erwirbt, ohne Unterschied, ob der Stoff in seine frühere Gestalt zurückgeführt werden kann und ohne Rücksicht darauf, ob der Verarbeiter im guten Glauben gehandelt hat. Selbst dem Dieb, der den gestohlenen Stoff verarbeitet, muß das Eigentum an dem Ergebnisse seiner Arbeitstätigkeit zugesprochen werden. Nur dann tritt Eigentumserwerb nicht ein, wenn der Wert der Verarbeitung im ungleichen Verhältnisse zum Werte des Stoffes steht. Abgesehen von dieser Einschränkung wird der Verarbeiter stets Eigentümer an dem durch Verarbeitung entstandenen Neuprodukt; an diesem kann er keine Unterschlagung begehen.

Sind die verarbeiteten Stoffe vertretbare Sachen, so ergibt diese Eigenschaft keine Besonderheit für die Eigentumsfrage.

Was endlich den Eigentumserwerb durch Vermischung angeht, so ist dieser für unser Thema von besonderer Wichtigkeit.

Zunächst wird zu prüfen sein, ob die vermischten Sachen sich wieder trennen lassen oder nicht. Ergibt die Untersuchung, daß die Trennung tatsächlich oder wirtschaftlich — etwa wegen der hohen Kosten, die eine Trennung bedingen — unmöglich ist, dann erlangen, wenn keine der vermischten Sachen als Hauptsache anzusprechen ist, die Beteiligten Miteigentum, und zwar bestimmen sich die Anteile nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Vermischung haben. (§ 948 BGB.) Ist jedoch eine der vermischten Sachen als Hauptsache anzusehen, so erwirbt der Eigentümer allein Eigentum an dem Mischgut. (§§ 948, 947, 2 BGB.) In diesem Falle ist aber eine Unterschlagung nicht möglich.

Die Untersuchung, ob durch Vermischung Miteigentum oder Alleineigentum entsteht, ist allein auf die Erkennbarkeit der Hauptsache abgestellt. Werden nun Geld oder andere vertretbare Sachen miteinander vermischt, so ist das Verhältnis ihrer Einzelmengen nur schwierig zu erkennen, da das Gesetz eine eindeutige Definition über den Begriff der Hauptsache nicht aufgestellt hat. Uebersteigt der Wert der Einzelmenge den des mit ihr vermischten Teiles, so ist dieses Uebergewicht noch kein genügendes Argument für das Vorhandensein der Hauptsache[1]). Ist aber selbst das Uebergewicht des Wertes der Einzelmenge nicht ausschlaggebend, um ihr die Eigenschaft der Hauptsache

1) Planck § 947, 2 b; a. A. Tobias, Archiv für die zilistische Praxis Bd. 94, S. 126, der gerade in dem Uebergewicht des Wertes das Kriterium für die Erkennbarkeit der Hauptsache sieht.

zuzusprechen, so wird man in der Regel annehmen dürfen, daß gemäß § 948 BGB. Miteigentum der Beteiligten an dem Mischgut von vertretbaren Sachen entsteht. Durch die Vorschrift des § 948 BGB. ist somit auch die auf Grund des gemeinen Rechtes [1]) gewonnene Theorie, daß durch Vermischung das Eigentum an dem Gelde stets auf den Vermischenden übergeht, beseitigt [2]). Zwar geht durch Vermischung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen das bisherige Eigentum des Tradenten verloren; jedoch erwirbt dieser gleichzeitig Miteigentum an der ideellen Quote des Mischgutes.

Kann, so fragen wir uns nunmehr, die im Miteigentum stehende Sache taugliches Objekt einer Unterschlagung sein? Der Treuhänder, der eine im Miteigentum stehende Sache in Gewahrsam hat, kann gemäß § 747 BGB. über seinen Anteil verfügen. Er kann ihn belasten, ja er kann ihn selbst veräußern. In diesem Falle tritt der Erwerber als Rechtsnachfolger des Veräußernden in die Gemeinschaft ein. Jedoch bleiben ihm Verfügungen, die den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen betreffen, versagt. So darf der Treuhänder keine Teilung vornehmen, insbesondere auch seinen Anteil nicht verbrauchen. Die Gesamtmenge ist für den Besitzer, da das Miteigentum sich nur als ideelle Quote des Mitguts erweist, eine fremde Sache, und kann somit recht gut taugliches Objekt der Unterschlagung werden [3]).

Nun wird aber, so sagt Gleispach [4]) richtig, die Anwendung dieser Sätze für den Fall, daß vertretbare Sachen, insbesondere Geld mit einander vermischt werden, häufig als unbillig erscheinen. A., dem B. 10 Goldstücke zur Verwahrung gegeben hat, vermischt diese mit 5 eigenen Goldstücken. Von diesem Gemenge scheidet er später 5 Goldstücke aus und verbraucht diese für sich. Nach den obigen Ausführungen würde A. Unterschlagung begangen haben. Eine solche Verurteilung muß aber offenbar das Rechtsempfinden eines jeden verletzen. Diesem Erkenntnis ist auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 12. I. 1891 [5]) gefolgt.

Werden vertretbare Sachen miteinander vermischt, so ist nach richtiger Ansicht des Reichsgerichts eine Ausscheidung aus dem

[1]) I, 78 Dig. de sol. 46, 3.
[2]) RG. 29, 251.
[3]) Herrschende Lehre vgl. auch RG. 4, 84; 7, 18.
[4]) Gleispach a. a. O., S. 147.
[5]) RG. 21, 270 ff.

Gemenge, soweit sie nur den dem Handelnden zustehenden Anteil betrifft, nicht rechtswidrig. Eine Teilung kann nur dann rechtsverletzend sein, wenn sie die Rechte der Miteigentümer aufhebt oder schmälert. Eine Ausscheidung aus dem Gemenge von vertretbaren Sachen ist aber deshalb nicht rechtsverletzend, weil, wie das Reichsgericht richtig sagt, nach der Natur der vertretbaren Sachen jedes einzelne Stück durch das andere ersetzt werden kann. Von der Entscheidung des Reichsgerichts ausgehend, führt nun Gleispach [1]) weiter aus, daß die Teilung gleichzeitig auch das Miteigentum aufhebe. Nunmehr werde der ausgeschiedene Teil Alleineigentum des Teilenden, und eine nachfolgende Verfügung über diesen Teil sei keine Unterschlagung, weil sie für den Handelnden keine fremde Sache wäre. Zwar läßt diese Konstruktion Zweifel aufkommen, ob bei Vermischung von Geld das Verhältnis überhaupt noch Miteigentum darstelle; doch scheint mir durch diese Konstruktion der einzig gangbare Weg erschlossen zu sein, einer Verurteilung in dem oben genannten Falle auszuweichen.

Eignet sich aber der Täter die ganze Summe zu, so ist an der fremden ideellen Quote selbstverständlich die widerrechtliche Zueignung vollzogen. Der Täter begeht daher in diesem Falle Unterschlagung.

Fassen wir noch einmal die einzelnen Ergebnisse unserer Untersuchung zusammen, so ergibt:

Vertretbare Sachen sind für den Besitzer eine fremde Sache und somit taugliches Objekt der Unterschlagung, wenn der Tradent nicht durch Rechtsgeschäft sein Eigentum an dem Empfänger verloren hat.

Die Vermischung von vertretbaren Sachen läßt Miteigentum entstehen. Das Mischgut ist hinsichtlich der ideellen Quote des Tradanten eine fremde Sache. Eignet sich der Täter die Gesamtsache zu, so ist an der fremden ideellen Quote die widerrechtliche Zueignung vollzogen.

§ 7.

3. Die Zueignung an vertretbaren Sachen.

Nachdem wir im vorigen Kapitel festgestellt haben, daß Objekte der Unterschlagung auch vertretbare Sachen sein können,

1) Gleispach a. a. O. S. 147 ff.

ist nunmehr zu untersuchen, ob die Zueignung als deliktische Handlung durch die Vertretbarkeit der Sache berührt wird.

Unter Zueignung verstehen wir nach der im ersten Teile unserer Abhandlung[1]) aufgestellten Definiton: die Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach in der Absicht, andere davon auszuschließen; m. a. W. der Täter muß die Sache dem Eigentümer so entziehen, daß es im praktischen Effekte für den Eigentümer auf dasselbe herauskommt, als sei ihm das Eigentum daran verloren gegangen. Die Einwirkung des Täters auf das Eigentum des Eigentümers muß als „dauernd" gewollt sein.

Eine bloße Benutzung der übergebenen Sachen, ohne die Absicht, die Sache dem Eigentümer wirklich dauernd zu entziehen und die dem Eigentümer zustehenden Eigentumsrechte auszuüben, reicht daher zur Enteignung und damit auch zur Zueignung nicht aus[2]).

Dadurch, daß ich ein bei mir eingestelltes Auto benutze, ein mir zur Aufbewahrung übergebenes Buch lese, eigne ich mir die Sache noch nicht zu.

Nun aber wird von Köstlin[3]) behauptet, daß der „Verbrauch" von vertretbaren Sachen, wenn der Täter rechtzeitig Ersatz leistet oder wenigstens zur Zeit des Verbrauchs in der begründeten Ueberzeugung seiner Ersatzfähigkeit die Rückerstattung in gleicher Quantität und Qualität beabsichtigt, juristisch betrachtet gleichbedeutend mit „Gebrauch" sei und deswegen eine Unterschlagung nicht begründen könne.

Aus dem Wesen der Vertretbarkeit ergebe, daß die vertretbare Sache nicht als Einzelsache, sondern als Vertreter der Gattung erscheine. Verbrauche der Treuhänder eine ihm übergebene vertretbare Sache, jedoch mit dem Willen eine von gleicher Qualität zu restituieren, so sei in diesem Verbrauch keine Zueignung zu erblicken, da dem Treuhänder nicht die vertretbare Sache speziell, sondern nur der Wert, den die vertretbare Sache darstellt, anvertraut worden sei.

Köstlin verkennt aber den Begriff der Vertretbarkeit, wenn er annimmt, daß der Verbrauch einer vertretbaren Sache nichts anderes darstelle als Gebrauch, da nach deren Verbrauch ja noch die Gattung unversehrt vorhanden sei.

[1]) Siehe S. 17.
[2]) v. Liszt, S. 127; Olshausen § 246 Anm. 28; Frank § 242, 2 a.
[3]) Köstlin, Abhandlung im Strafrecht S. 343; Goltdammer Archiv Bd. 3, S. 59; ebenso Dollmann, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 10, 197 ff.

Allerdings ist es richtig, daß es vertretbare Sachen gibt, die nicht nach individuellen Erkennungszeichen, sondern nach dem ihm innewohnenden Wert im Verkehr eine Rolle zu spielen pflegen, so besonders bei Geld. Aber daraus kann man nicht ohne weiteres die Berechtigung herleiten, vertretbare Sachen für sich zu verwenden und den Eigentümer auf spätere Rückerstattung zu verweisen. Eine solche Folgerung aus dem Begriff der Vertretbarkeit ist aber offenbar unrichtig.

Maßgebend für die Möglichkeit einer Zueignungshandlung ist nicht die Vertretbarkeit, sondern das Rechtsverhältnis der Vertragschließenden. Für die Frage, ob durch Verbrauch von vertretbaren Sachen eine Unterschlagung begangen werden kann, kommt es im Einzelfalle darauf an, ob sie in der Gattung zurückerstattet werden durften oder ob sie als Sondersachen zurückgegeben werden mußten [1]). Muß daher der Treuhänder die Sachen in specie zurückerstatten, so sind sie ebenso geeignete Objekte der Unterschlagung wie jede andere Sache [2]). Das Wesen der Vertretbarkeit, so sagt Gleispach [3]) richtig, vermag dem Tradenten nicht einen Willen aufzunötigen, den er nicht hat.

Diese Annahme erscheint aber bedenklich, wenn nach dem Sachverhalt die vertretbare Sache vom wirtschaftlichen Standpunkte aus betrachtet, nicht verbraucht, sondern nur gebraucht wird. Wenn A. dem B. 100 Mark zur Verwahrung für 1 Monat übergibt und B. das Geld an C. als Darlehen weitergibt, so ist, vorausgesetzt natürlich, daß C. rechtzeitig zurückzahlen will und auch kann, für die 100 Mark ein wohlgesicherter Anspruch getreten. Zahlt nun B. das Geld, das er rechtzeitig von C. zurückerhält, nach der Verwahrungszeit pünktlich an A. zurück, so erscheint dieser Vorgang als bloßer Gebrauch des Geldes. Aber selbst in diesem Falle ist in der Weitergabe des Geldes eine Zueignung zu erblicken. Trotzdem B. aus dem Darlehensgeschäft eine wohlbegründete Forderung auf eine gleiche Summe erhält, so vermag diese Forderung doch nicht das Geld, das in der Hand des Treuhänders einen ständig zur Verfügung stehenden Vermögenswert darstellt, gleichwertig zu ersetzen [4]). Sind Gelder anvertraut, so hat der Treuhänder sie jederzeit für den Geber

[1]) Gegen die Ansicht Köstlins Merkel HH. S. 704; Huber, a. a. O. S. 100; Binding, Normen, Bd. 2, S. 557.
[2]) Gleispach a. a. S. 171.
[3]) Gleispach a. a. O. S. 172; Olshausen § 246 Note 14; Kapff a. a. O. S. 88.
[4]) Thode a. a. O. S. 60; a. A. Gleispach a. a. O. S. 172.

bereitzuhalten. Jede Weitergabe des Geldes bedeutet Verausgabung und ist somit Zueignung.

Wenn ich also Geld ausgebe, Benzin verfahre, Früchte verzehre, kurz, eine vertretbare Sache verbrauche, so entziehe ich unbedingt diese Sache dem Eigentümer und eigne sie mir zu.

Außer Verbrauch, eine der wichtigsten Zueignungsformen bei vertretbaren Sachen sind als Zueignungshandlungen zu nennen, die schon im ersten Teil unserer Arbeit erwähnte Veräußerung, Verpfändung, ohne die Absicht der Restitution, das Beiseiteschaffen, wodurch der Gegenstand für den Berechtigten unerreichbar wird, ferner Ableugnen des Besitzes und andere mehr.

Alle diese Zueignungsarten ergeben keine Besonderheiten, wenn Gegenstand der Zueignung eine vertretbare Sache ist. Ein näheres Eingehen auf diese Zueignungsakte erübrigt sich daher. Nur eine Zueignungsform soll noch besonders wegen ihrer Bedeutung für unser Thema behandelt werden. Es ist die Zueignung durch Vermischung.

Die Eigentümlichkeit der Vermischung als Zueignungshandlung besteht darin, daß durch sie im Gegensatz zu den übrigen Zueignungsakten, die weder Eigentum begründen noch Eigentum aufheben, sondern nur eine tatsächliche Verschiebung der Machtverhältnisse bedeuten, der Vermischende stets Eigentum erwirbt. Wenn A. dem B. 10 Goldstücke zur Aufbewahrung übergibt und B. diese Stücke mit eigenen vermischt, so entsteht gemäß § 948 BGB. an der Gesamtmenge der Goldstücke Miteigentum [1]). Bedeutet aber die Handlungsweise des B. eine Zueignung, trotzdem der durch die Vermischung herbeigeführte Eigentumsübergang durch ihre gesetzesmäßige Sanktion rechtmäßig ist? Diese Frage ist zu bejahen. Die für das Tatbestandsmerkmal erforderliche dauernde Entziehung ist deswegen für gegeben zu erachten, weil die Möglichkeit, daß A. gerade „seine" Goldstücke zurückerhält, wenigstens mit Sicherheit nicht besteht [2]). Wenngleich auch der Eigentumsübergang sich auf Grund des Gesetzes vollzieht, so ist doch die Herbeiführung selbst unrechtmäßig. Das hat schon Lindenau [3]) richtig erkannt, wenn er sagt, daß derjenige, der fremdes Geld entgegen dem Willen des Eigentümers vermischt, die Rechtsordnung zwingt,

[1]) Siehe die Ausführungen zur S. 41.
[2]) Gleicher Ansicht Ziethen a. a. O. S. 38.
[3]) Lindenau a. a. O. S. 11.

unerwünschte aber unvermeidliche Konsequenzen zu ziehen und dadurch sie verletzt“ [1]).

Auch der Umstand, daß der bisherige Eigentümer durch die Erlangung des Miteigentums an dem Mischgut keine Vermögensbeschädigung erleidet, steht einer Verurteilung wegen Unterschlagung nicht entgegen, da ja die Unterschlagung kein Bereicherungsdelikt ist [2]). Somit ergeben diese Ausführungen, daß im obenerwähnten Falle B., der die ihm anvertrauten Goldstücke mit den eigenen vermischt, diese sich zueignet und Unterschlagung begeht.

Fassen wir die Ergebnisse dieses Abschnitts kurz zusammen, so ergibt das Schlußresultat:

Die Vertretbarkeit einer Sache hat auf das Tatbestandsmerkmal der Zueignung keinerlei Einfluß. Die Zueignung ist auch dann gegeben, wenn vertretbare Sachen vermischt werden.

§ 8.

4. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung bei vertretbaren Sachen.

Mit den bisher besprochenen Erfordernissen ist nun nicht bereits der Tatbestand der Unterschlagung erschöpft; selbstredend muß zur Zueignung das Moment der Rechtswidrigkeit hinzutreten. Die Rechtswidrigkeit der Zueignungshandlung ist die notwendige Voraussetzung für die Strafbarkeit der Unterschlagung.

Wie wir im ersten Teil unserer Abhandlung erörterten, ist die Zueignung dann rechtswidrig, wenn der durch die Zueignungshandlung geschaffene Zustand tatsächlicher Willensherrschaft über die Sache im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Wir sahen weiter, daß das Erfordernis der Rechtswidrigkeit stets dann fehlt, wenn dem Täter von der Rechtsordnung selbst ein Recht auf Zueignung zugestanden wird, und die Fälle, in denen der Täter ein solches Recht auf Zueignung hat, sich vorwiegend aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ergeben. Auf die Rechtfertigungsgründe im einzelnen einzugehen, dürfte sich erübrigen, da diese an anderer Stelle schon zur Genüge erörtert wurden, und uns hier weniger interessieren.

[1]) Ebenso Thode a. a. O. S. 20.
[2]) Frank § 246, III., 4. Binding, Lehrbuch S. 267.

An gegenwärtiger Stelle beschäftigt uns vielmehr die Frage, ob die objektive Natur der Vertretbarkeit die Rechtswidrigkeit der Zueignungshandlung irgendwie beeinflussen kann.

Zweifellos unrichtig ist es, aus der Vertretbarkeit der anvertrauten Sachen für den Treuhänder ein Recht auf Zueignung abzuleiten, denn das Verbot der Zueignung fremder Sachen besteht ohne Einschränkung sowohl für vertretbare, als auch nichtvertretbare Sachen[1]). Da nun bekanntlich die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Tradenten und Treuhänder auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung einwirken, so fragt es sich, ob auch die besondere Natur der Vertretbarkeit die obligatorischen Rechtsverhältnisse derart beeinflussen kann, daß der Tatbestand der Unterschlagung nicht erfüllt wird.

Werden dem Treuhänder vertretbare Sachen anvertraut, so ist die Rückerstattungspflicht entweder eine spezielle oder eine generelle, d. h. der Treuhänder ist verpflichtet, entweder dieselbe Sache oder eine von gleicher Art und Güte herauszugeben.

Unbestritten ist nun, daß eine Unterschlagung überall da ausgeschlossen ist, wo bezüglich der Verpflichtung der Restitution nur eine generische Verbindlichkeit besteht[2]). Gegenstand der auf Rückgabe oder Ablieferung gehenden Verpflichtung ist hier nicht die Sache selbst, sondern der durch die Sache repräsentierte Wert. Wo also Geld oder andere vertretbare Sachen anvertraut werden, fehlt, wenn die Rückerstattungspflicht nur auf ein tantundem eiusdem generis geht, regelmäßig die Unterschlagung. In diesen Fällen ist der Eigentümer, da sein Interesse nicht auf Rückgabe derselben Stücke geht, mit der Zueignung einverstanden. Die Zustimmung des zur Eigentumsübertragung Berechtigten beseitigt aber, da hier der Treuhänder ein Recht auf Zueignung hat, die objektive Rechtswidrigkeit. Eine Unterschlagung ist aber dann wegen Fehlens der objektiven Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Bei einer generellen Verbindlichkeit ist vielfach eine Unterschlagung schon deswegen nicht gegeben, weil wegen Eigentumsübergang die fremde Sache als Objekt der Unterschlagung mangelt. In manchen Fällen wird nämlich aus bestimmten Gründen, wenn der Eigentümer mit einer Restitution in genere einverstanden ist, dem Treuhänder Eigentum über-

[1]) Gleispach a. a. O. S. 175; Binding a. a. O. S. 256 ff.
[2]) Hälschner, Goltdammer Archiv Bd. 15; Gleispach S. 175, v. Stemann, S. 5; Merkel, HH. 3, S. 703; Olshausen § 246 Note 14. u. a. m.

tragen, so z. B. bei dem depositum irregulare und der fiduziarischen Uebereignung. Diesen Fällen ist der weitere gleichzuachten, wenn von dem Eigentümer die Sachen zunächst dem Treuhänder anvertraut werden, dann aber später durch brevi manu traditio in sein Eigentum übergehen. Unrichtig ist es aber, wenn behauptet wird, daß die Beschränkung der Haftung auf ein tantundem allein schon genüge, Eigentum beim Empfänger zu begründen.

Geht aber die Verpflichtung des Treuhänders auf Herausgabe derselben Sache, ist sie also eine spezielle, so kann die Vertretbarkeit keinen Einfluß auf die Rechtswidrigkeit gewinnen. Es wird durch die spezielle Verpflichtung jegliche Verfügungsmacht über die Sache durch den Treuhänder ausgeschlossen. Eignet er sich eine vertretbare Sache, die er in specie zurückzuerstatten hat, zu, so ist diese Zueignung rechtswidrig. Unerheblich ist, daß der Eigentümer selten ein wirkliches Interesse an den einzelnen Stücken hat und mit der Restitution in genere völlig zufrieden sein würde. Mag auch der Zweck oder das Motiv, das den Eigentümer zu seiner Handlungsweise bestimmt, gänzlich unbegründet erscheinen; der Treuhänder hat stets nur die Tatsache der speziellen Verpflichtung zu achten. Wo also die auf streng spezielle Verpflichtung des Treuhänders gerichtete Willensmeinung deutlich zum Ausdruck gebracht wird, begründet die Zueignung der anvertrauten Sachen Unterschlagung.

Meinungsverschiedenheiten ergeben sich aber dann, wenn bei der Uebergabe von vertretbaren Sachen kein Wort darüber gesprochen wird, ob der Tradent die Sache in specie zurückerstattet wünsche, oder ihm auch eine Restitution in genere genüge. Ist in diesem Falle die Zueignung der vertretbaren Sachen durch den Treuhänder rechtswidrig?

Lehnt man eine spezielle Verpflichtung des Treuhänders ab, so gelangt man zu dem wenig befriedigenden Resultat, daß eine Unterschlagung ausgeschlossen ist, weil in diesem Falle nur noch die Möglichkeit besteht, eine generelle Verpflichtung anzunehmen. Andererseits ist es ebenso ungerechtfertigt, den Rahmen der speziellen Verpflichtung zu weit zu fassen.

Von diesem Gedanken ausgehend haben nun einige Schriftsteller versucht, zwischen diesen beiden Extremen einen Mittelweg zu finden. Merkel[1]) hält eine Unterschlagung dann für aus-

1) Merkel HH. 3, S. 703 ff.

geschlossen, wenn die gegebenen Verhältnisse erkennen lassen, daß der Eigentümer mit einer Rückerstattung in genere zufrieden ist, und sofern die Aneignung der vertretbaren Sachen nicht die Sicherheit der Interessen des Eigentümers gefährdet. Die Interessen seien aber nur dann als sichergestellt zu betrachten, wenn der Täter im Augenblick der Zueignung imstande ist, jederzeit Ersatz gleichwertiger Sachen zu leisten. Würde aber diese Zueignung trotzdem nicht vom Eigentümer gebilligt, so könne dieser entgegengesetzten Willensrichtung, weil sie keine ausdrückliche Erklärung gefunden hat, keine Beachtung geschenkt werden. Diese Ansicht ist später vom Reichsgericht[1]) anerkannt worden.

Dieses scheinbar recht befriedigende Ergebnis Merkels ist aber vom Rechtsstandpunkt aus unhaltbar und demnach zu verwerfen. Selbst wenn die gegebenen Verhältnisse die Annahme begründen, daß der Eigentümer mit einer Restitution in genere zufrieden sein wird, so drängt dies keineswegs zu dem Schluß, der Eigentümer sei auch mit einer Zueignung einverstanden. Die Billigung der Restitution in genere berechtigt den Treuhänder noch nicht zur Zueignung[2]). Mag auch der Zueignungsakt durch genügende Sicherstellung des Eigentümers objektiv indifferent erscheinen, so ergibt sich daraus keine Konsequenz für die Rechtswidrigkeit. Diese wird auch durch die objektive Indifferenz der Zueignungshandlung nicht aufgehoben. Eine Herabminderung des Eigentumsschutzes sowie sie Merkel vollzieht, kann nicht gestattet sein. Thode[3]) fragt mit Recht, weshalb das Eigentum an vertretbaren Sachen weniger zu achten sei als an nicht vertretbaren. Die Rechtswidrigkeit kann nur durch die berechtigte Annahme ausgeschlossen werden, der Eigentümer werde mit einer Zueignung einverstanden sein. Daß der Eigentümer nichts „Ernstliches" gegen die Zueignung, wie Merkel sagt, einzuwenden hat, besagt nur, daß der Eigentümer den Treuhänder, falls er sich die ihm anvertraute vertretbare Sache zueignet, selten gleich zur Anzeige bringen wird[4]). Daraus folgt aber nicht, daß der Eigentümer mit der Zueignung einverstanden ist. Die Strafbarkeit der Zueignung selbst bleibt deswegen doch bestehen[5]).

[1]) RG. 5, 52 ff.; ebenso Ziethen a. a. O., S. 45 ff.
[2]) Gleispach a. a. O. S. 179.
[3]) Thode a. a. O. S. 22.
[4]) Siehe Gleispach a. a. O. S. 179/180.
[5]) Gleicher Ansicht Gleispach a. a. O. S. 176 ff.; Thode, a. a. O. S. 22/23; vor allem Binding, Lehrbuch S. 253.

Eine weitere von Meyer[1]) aufgestellte Umwechselungstheorie, die ebenfalls eine Mittelstufe zwischen den Extremen der speziellen und generellen Verpflichtung einzuschalten versucht, ist aus ähnlichen Gründen abzulehnen. Nach Meyer fällt die Rechtswidrigkeit und damit auch die Möglichkeit einer Unterschlagung dann fort, wenn der Treuhänder befugt ist, die in seinem Gewahrsam befindlichen vertretbaren Sachen mit Stücken gleicher Art so umzuwechseln, daß die an die Stelle der ausgewechselten getretenen Stücke statt der bisherigen in das Eigentum des Berechtigten übergehen.

Sprechen schon die obengenannten Gründe in gleicher Weise gegen die „Umwechslungstheorie", so kann man weiter ein Versagen dieser Theorie in allen jenen Fällen feststellen, in welchen die vom Treuhänder vollzogene Zueignungshandlung mit der Eigentumsübertragung zeitlich nur ein wenig auseinanderfällt. Hier kann von einer Umwechselung im strengen Sinne nicht mehr gesprochen werden. A. überhaupt gibt dem B. 100 Mark, damit dieser das Geld an A's Gläubiger C. abliefere. B., dem auf dem Wege zu C. sein eigener Gläubiger D. begegnet, und der von ihm die Bezahlung einer Schuld in Höhe von 100 Mark fordert, händigt in der festen Absicht, das in seiner Wohnung liegende Geld für die Erledigung des Auftrags von A. zu verwenden, den Betrag von 100 Mark an D. aus. Trotzdem diese Handlungsweise keineswegs unbillig erscheint, muß man sie doch als rechtswidrig bezeichnen. Durch die Herausgabe des Geldes an D. ist A. seines Eigentums an dem Gelde verlustig gegangen und als Eigentümer zwangsweise in eine Gläubigerstellung gedrängt worden. Jedenfalls ist er in der jetzigen Stellung gefährdet, wieder in den Besitz der 100 Mark zu gelangen, denn es besteht keine absolute Gewißheit, daß B. wirklich sein Vorhaben ausführt und das eigene Geld zur Erledigung des Auftrags benutzt[2]).

Eine Umwechselung kann, wenn man ihr überhaupt Berechtigung zuerkennen will, nur dann statthaft sein, wenn der Treuhänder im Augenblicke der Zueignung die neuen Sachen statt der ausgewechselten durch Besitzkonstitut auf den Berechtigten übereignet. Dabei ist jedoch vorauszusetzen, daß die zum constitutum possessorium erforderliche Zustimmung des Berechtigten aus der stillschweigenden Gestattung der Umwechslung gefolgert

[1]) Meyer, Lehrbuch S. 543 ff.
[2]) Siehe auch die Ausführungen bei Ebermayer a. a. O. § 350 Anm. 5.

werden darf. Gleispach [1]) hält eine solche Folgerung für sehr bedenklich, da in der Regel der Berechtigte überhaupt keine Kenntnis von der Umwechslung habe.

Wir ersehen demnach aus Vorstehendem, daß die Versuche, eine Zwischenstufe zwischen den Extremen der speziellen und generellen Verpflichtung zu konstruieren und so von dem starren Eigentumsschutz abzuweichen, nicht geeignet sind, Einfluß auf die Rechtswidrigkeit zu gewinnen. Das Gesetz schützt jedwedes Eigentum, auch da, wo ein wirkliches Interesse des Berechtigten an dem Schutze nicht besteht. Wenn das Gesetz selbst derartige Fälle unter Strafe stellt, so mag dies allerdings dem Rechtsempfinden unbillig erscheinen. Für die Strafbarkeit kann aber nur der jeweils geltende Rechtsstandpunkt ausschlaggebend sein. Wünschenswert wäre es, wenn de lege ferenda dahingehend gewirkt würde, daß in Zukunft solche Härten im Gesetz verschwinden.

Haben wir aus den vorstehenden Erörterungen ersehen, daß die Vertretbarkeit der Sache keinen Einfluß auf die Rechtswidrigkeit ausüben kann, so fragen wir uns nunmehr, ob Gleiches nicht auch für den Unterschlagungsvorsatz gilt.

Der Vorsatz besteht bei der Unterschlagung in der Absicht der Zueignung, mit dem Bewußtsein, sich widerrechtlich eine fremde Sache zuzueignen. Daraus ergibt sich folgeweise der Ausschluß des Vorsatzes, wenn der Täter irrtümlicherweise die Einwilligung des Berechtigten annimmt. Diese Annahme kann z. B. namentlich bei Verausgabung von Geld bestehen, wenn der Täter jederzeit die gleiche Summe zur Hand hat [2]).

Nun wird vielfach behauptet, daß bei der Zueignung von vertretbaren Sachen eine solche Annahme immer dann gerechtfertigt erscheint, wenn der Täter die Ersatzabsicht schlechthin [3]) oder die Ueberzeugung „gleichzeitigen und vollständigen Ersatzes" [4]) oder die Absicht, „rechtzeitiger Restitution" [5]) oder auch „die Wiedererstattungsabsicht bei sicherer Wiedererstattungsfähigkeit" [6]) hat.

Diese Momente allein sind aber für den Vorsatz bei der Unterschlagung nicht maßgebend. Sie können nur dann von Be-

[1]) Gleispach a. a. O. S. 185.
[2]) Meyer/Allfeld a. a. O. (1922) S. 438 Anm. 52 vgl. RG. 21, 364.
[3]) Schwarze, Goltdammers Archiv Bd. 7, S. 288.
[4]) Oppenhoff, § 246 N. 43.
[5]) Köstlin, Goltdammers Archiv 4, S. 59.
[6]) Ziethen a. a. O. S. 46 im Anschluß an die Merkelsche Lehre siehe S. 706.

deutung für den Unterschlagungsvorsatz werden, wenn sie in dem Täter tatsächlich den Glauben hervorrufen, der Berechtigte sei wirklich mit einer Zueignung einverstanden, kommen also nur mehr als Unterstützungsmomente in Betracht. Es kommt, wie Gleispach [1]) richtig sagt, nicht darauf an, was der Täter annehmen kann, sondern allein darauf, was er tatsächlich angenommen hat. Wenn demnach der Täter die Zueignung mit der festen Absicht vornimmt, ein tantundem eiusdem generis zu restituieren, und das Interesse durch rechtzeitige und vollständige Wiedererstattungsfähigkeit vollkommen sichergestellt ist, so hat der Täter, sofern in ihm nicht dadurch der berechtigte Glaube an das Einverständnis des Berechtigten geweckt wird, trotzdem den Unterschlagungsvorsatz. Zwar wird nicht selten der gegebene Fall geeignet sein, wirklich die Annahme der Einwilligung des Berechtigten in die Zueignung zu begründen, doch lassen sich schwerlich feste Regeln dafür aufstellen, wann beim Täter eine solche Vermutung besteht. Die Feststellung, ob der Täter eine Einwilligung des Berechtigten angenommen hat, bedarf im Einzelfalle stets einer besonderen Prüfung. Hat der Täter eine solche Einwilligung nicht angenommen, so gilt für vertretbare Sachen dasselbe wie für andere Sachen m. a. W. der Täter unterschlägt [2]).

Verneint man den Unterschlagungsvorsatz des Täters bei dessen Ersatzbereitschaft unter gleichzeitiger Ersatzmöglichkeit schlechthin, so verleitet das m. E. notwendig zu der falschen Schlußfolgerung, daß die Absicht des Täters bei der Unterschlagung eine „gewinnsüchtige" sein muß. Bereicherungsabsicht (animus lucri faciendi) gehört aber keineswegs zum inneren Tatbestand der Unterschlagung. Ein solches Erfordernis hat das geltende Strafgesetzbuch nicht in seinen Tatbestand aufgenommen. Deshalb kann auch derjenige eine Unterschlagung begehen, der den Wert der zugeeigneten Sache ersetzt. Es ist demnach offenbar unrichtig, wenn Merkel und seine Anhänger die Unterschlagung zu einem Bereicherungsdelikt stempeln, oder doch wenigstens der wohlbegründeten Ersatzabsicht eine unmittelbare Einwirkung auf den Unterschlagungsvorsatz zuschreiben. Die Unterschlagung ist reines Eigentumsdelikt, es kann demnach unmöglich gestattet sein, sie zu einem Vermögensdelikt zu machen. Die

[1]) Gleispach a. a. O. S. 193.
[2]) Meyer/Allfeld a. a. O. (1922) S. 334 Anm. 27.

herrschende Lehre nimmt in dieser Hinsicht gleichen Standpunkt ein und grundsätzlich auch das Reichsgericht [1]).

Die Vertretbarkeit einer Sache ist demnach an sich zwar geeignet, im Täter, wenn dieser bereit und gleichzeitig fähig ist, gleichwertigen Ersatz zu leisten, die Vorstellung hervorzurufen, der Berechtigte sei mit einer Zueignung einverstanden. Doch vermag sie nicht einen unmittelbaren Einfluß auf den Unterschlagungsvorsatz zu gewinnen, sodaß dieser schon allein beim Vorliegen dieser Momente ausgeschlossen wäre. Der Vorsatz des Täters ist nur dann zu verneinen, wenn der Täter auf Grund falscher Vorstellungen die Einwilligung des Berechtigten auch wirklich annimmt.

Ein umfassendes Résumé unserer Untersuchung ergibt:

1. **Vertretbare Sachen sind dann geeignete Objekte der Unterschlagung, wenn sie zur Zeit der Zueignung in eines anderen Eigentum standen. Die Eigentumsfrage ist stets nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.**
2. **Die Eigenschaft der Vertretbarkeit einer Sache kann keinen Einfluß auf die Zueignung gewinnen. Vertretbare Sachen können demnach auf dieselbe Weise, wie nicht vertretbare, zugeeignet werden.**
3. **Die Rechtswidrigkeit der Zueignung wird von der Vertretbarkeit einer Sache nicht berührt. Eine unmittelbare Beeinflussung des Vorsatzes ist ebenfalls ausgeschlossen.**

Wir kommen also zu dem Schluß, daß vertretbare Sachen für das Delikt der Unterschlagung ebenso geeignet sind, wie nicht vertretbare.

Trotzdem können wir den § 246 StGB. nicht als geeignet erklären, alle Fälle der Unterschlagung an vertretbaren Sachen zu umfassen. An Hand einer Reihe von Beispielen (z. B. bei der Vermischung) haben wir gesehen, daß der Tatbestand des § 246 StGB. nicht ausreicht, um derartige Fälle unter Strafe zu stellen.

[1]) Vgl. Binding, Lehrbuch S. 256, 274; Gleispach a. a. O. S. 174; Kapff a. a. O. S. 107; Draheim a. a. O. S. 52 ff.; Olshausen § 246 N. 20; RG. 5, S. 304 ff. 21, 364 ff.

III. Anhang.

§ 9.

1. Die Untreue.

Da nun die Unterschlagung an vertretbaren Sachen im § 246 StGB. keine besondere Regelung gefunden hat, so wäre es vielleicht möglich, daß die Fälle, die nicht unter § 246 StGB. fallen, von einer anderen Strafbestimmung umfaßt werden. Besonders beachtenswert erscheint hier die Untreue und die Amtsunterschlagung.

Wenn wir in dem Bestreben für die Unterschlagung an vertretbaren Sachen, eine gesetzliche Strafbestimmung zu finden, den § 266 StGB. untersuchen, so haben wir zunächst festzustellen, daß der Kreis der deliktsfähigen Personen begrenzt ist. Dies gilt namentlich für die in Ziff. 1 und 3 angeführten Personen. Infolgedessen kann der § 266 StGB. in dieser Ziffer nicht als Sonderregelung des Tatbestandes der Unterschlagung an vertretbaren Sachen gelten.

Durch § 266 Ziff. 2 wird jedoch der Kreis der Deliktsubjekte erheblich erweitert. „Bevollmächtigter" im Sinne des § 266 Abs. 2 ist derjenige, der rechtlich zur Vornahme von Rechtsgeschäften für den Auftraggeber befugt ist. Keinen Unterschied macht es, ob der Bevollmächtigte im Namen des Auftraggebers oder im eigenen Namen handelt. Es ist somit der Ausdruck „Auftraggeber" im weiteren Sinne zu nehmen[1]). Das Gesetz spricht nur von rechtsgeschäftlich bestellten Bevollmächtigten. Gesetzlich bestellte Bevollmächtigte sind daher keine Deliktssubjekte im Sinne des § 266 Abs. 2 StGB. Es scheiden vor allem auch die Beamten aus, weil, wie Draheim[2]) richtig sagt, die Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze auf das Dienstverhältnis wegen seiner öffentlichrechtlichen Natur nicht gestattet ist.

Eine nähere Erörterung über die lebhaften Streitfragen, welche Personen im einzeln „Bevollmächtigte" im Sinne des § 266

1) RG. 7, 377; Thode a. a. O. S. 27; Binding, Lehrbuch, S. 400; Olshausen § 266 N. 6.
2) Draheim a. a. O. S. 25.

Abs. 2 StGB. sind. erübrigt sich. Es genügt an dieser Stelle auch darauf hingewiesen zu haben, daß der Kreis der Deliktssubjekte in Ziff. 2 des § 266 StGB. ein bedeutend größerer ist als in der Ziff. 1 und daß Ziff. 2 hinsichtlich der Deliktssubjekte am ersten geeignet ist, die Lücke des § 246 StGB. auszufüllen.

Die Verübung des Deliktes besteht in Ziff. 2 des § 266 StGB. darin, daß der Täter über Forderungen und Vermögensstücke des Auftraggebers zum Nachteil desselben verfügt. Wesentlich ist, daß auch die Unterschlagung von Forderungen unter Strafe gestellt ist. Somit ist eine Abweichung vom strengen Eigentumsschutze festzustellen. Bezüglich der Forderungen ergibt sich aus der Natur der zwischen dem Bevollmächtigten und dem Auftraggeber bestehenden Rechtsbeziehungen, daß es sich im Sinne des § 266 Abs. 2 StGB. nur um Forderungen des Auftraggebers, niemals aber um solche des Bevollmächtigten handeln kann. Bei der Unterschlagung an vertretbaren Sachen sind die Fälle aber häufig so gelagert, daß der Täter nur über Forderungen des Vollmachtgebers gegen sich verfügt. Verfügt der Kommissionär über einen Anspruch, den er aus einem Geschäfte als Einkaufskommissionär hat, so fällt diese Verfügung nicht unter § 266 Abs. 2 StGB., selbst dann nicht, wenn der Anspruch an den Kommittenten abzutreten ist [1]). Eine Forderung des Kommittenten würde sie erst nach der Abtretung sein. Durch Erfüllung an den Kommissionär wird der Schuldner liberiert, die gekauften Gegenstände gehen in das Eigentum des Kommissionärs über, sind aber keine tauglichen Objekte der Unterschlagung mehr [2]). Wenngleich sich hier eine empfindliche Benachteiligung des Vollmachtgebers ergibt, so zwingt uns doch der Wortlaut des § 266 Abs. 2 StGB., diese Fälle unbehandelt zu lassen [3]).

Wir ersehen daraus, daß der § 266 StGB. einmal wegen des engumgrenzten Kreises der Deliktssubjekte in Ziff. 1 und 3, dann durch die kasuistische Beschränkung der Benachteiligungshandlung des Bevollmächtigten in Ziff. 2 nicht geeignet ist, die Lücke des § 246 StGB. auszufüllen.

[1]) Konrad a. a. O. S. 36.
[2]) Binding, Lehrbuch S. 402.
[3]) In Ansehung der unvollkommenen Fassung des § 266 Abs. 2 StGB. ist gerade hinsichtlich des Kommissionärs durch das Börsengesetz Abhilfe geschaffen. § 95 Abs. 1 Ziff. 2 bedroht den Kommissionär, welcher, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, bei Ausführung eines Auftrages oder der Abwicklung eines Geschäftes absichtlich zum Nachteil des Kommittenten handelt, mit Strafe. Dieses Gesetz bezieht sich nicht nur auf den Börsenkommissionär, sondern auf alle Kommissionäre.

§ 10.

2. Die Amtsunterschlagung.

Gibt der § 246 StGB. nicht die geringste Andeutung, ob das Gesetz die Unterschlagung an vertretbaren Sachen einer besonderen Behandlung unterziehen wollte, so erscheint auf den ersten Blick § 350 StGB. eine solche Sonderregelung tatsächlich zu enthalten.

Abweichend vom § 246 StGB. hebt der Tatbestand der Amtsunterschlagung im § 350 StGB. neben Sachen „die Gelder" besonders hervor. Er behandelt jedwede rechtswidrige Zueignung von Geldern, die der Täter nicht als selbständige Person, sondern als Beamter, d. h. als Vertreter des Staates erlangt. Die Deliktshandlung entspricht genau der des § 246 StGB.

Ueber den Zweck, den das Gesetz durch die Hervorhebung „Gelder" verfolgt, besteht Meinungsverschiedenheit. Thode[1]) hält die Hervorhebung aus praktischen Gesichtspunkten für überflüssig und bezeichnet sie als eine Ungenauigkeit des Gesetzes. Wenn aber das Gesetz neben den Sachen „die Gelder" besonders erwähnt, so wird der Gesetzgeber zweifellos damit einen bestimmten Zweck verfolgt haben, selbst wenn die Hervorhebung eine Aenderung des Zivilrechts durch das Strafgesetz bedeutet[2]). Von anderen Schriftstellern, besonders von der älteren Literatur[3]) wird behauptet, daß die Hervorhebung geschehe, um dem Gelde, das einem Beamten in amtlicher Eigenschaft übergeben wird, seine Vertretbarkeit zu nehmen. Die Unmöglichkeit, daß einer objektiv vertretbaren Sache ihre Vertretbarkeit entzogen werden kann, wurde schon an anderer Stelle nachgewiesen[4]). Endlich wird behauptet, daß die besondere Erwähnung von „Gelder" nur die Feststellung bezwecke, daß in amtlicher Eigenschaft empfangenes Geld nicht in das Eigentum des Beamten übergehen könne[5]).

Im Streit darüber, welchen Sinn dieser Gesetzesstelle zu unterlegen ist, möchte ich zugunsten letzterer Ansicht Stellung nehmen. Der Gesetzgeber wollte durch die Hervorhebung der

---

1) Thode a. a. O. S. 24.
2) Die Möglichkeit einer solchen Aenderung wird selbst von Thode zugegeben. Siehe S. 24.
3) Ziethen a. a. O. S. 58 und die dort Zitierten.
4) Siehe S. 29.
5) Finger, Baarkautionen, S. 42; Frank § 350, 2; RG. 3, S. 11; 4, 28/29; 5, 306.

Man denke ferner an den Fall, wo der Verkaufskommissionär, der Waren im Einverständnis des Auftraggebers bei einem Dritten umsetzt, den Erlös der verkauften Ware für sich verbraucht. Durch Verfügung über die so erlösten Gelder kann nunmehr, da sie in das Eigentum des Kommissionärs gelangt sind [1]) von diesem keine Unterschlagung begangen werden. Bleiben aber solche Handlungen, die nach Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit einer Bestrafung unterliegen müßten, straflos, so erkennt man daran, daß der dem § 246 StGB. zugrunde gelegte Gedanke des Eigentumsschutzes sich nicht bewährt.

Weiter erscheint es bei der Unterschlagung als wesentlicher Mangel, daß der § 246 StGB. den Fall, in dem der Täter mit Bereicherungsabsicht unterschlägt, auf gleicher Stufe mit dem stellt, wo der Täter nur fremdes Eigentum angreift. Dieser Mangel tritt vor allen Dingen bei der Unterschlagung von vertretbaren Sachen in Erscheinung, ganz besonders dann, wenn der Täter die Absicht der Restitution hat. Es steht aber im Widerspruch zum Rechtsempfinden, mit gleichem Maß zu messen, gleichgültig, ob der Täter in Bereicherungsabsicht handelte oder wie Lammasch [2]) richtig sagt, der „Eingriff in den fremden Besitz nichts als eine Kränkung, eine Nichtachtung fremden Willens ist". Wenn die Motive zum II. Entwurf [3]) die Aufstellung des Erfordernisses der „gewinnsüchtigen Absicht" überflüssig halten, da in der „rechtswidrigen Aneignung" auch das Moment der Bereicherung liegt, so ist das eine irrige Auffassung. Der Tatbestand der Unterschlagung schließt keineswegs die gewinnsüchtige Absicht in sich, die Unterschlagung wird, wie Hälschner [4]) mit Recht sagt, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter sich die Sache aneignet, um sie zu verschenken oder, daß er sie unterschlägt, indem er anderen gestattet, sie wegzunehmen und sich zuzueignen. Verfehlt ist es wie der Entwurf von 1925 vorschlägt, das Erfordernis der gewinnsüchtigen Absicht in den Tatbestand der Unterschlagung aufzunehmen. So würde, um das Beispiel von Lammasch [5]) zu zitieren, ein übermütiger Millionär straflos bleiben, der Sachen eines anderen, die einen besonderen individuellen Wert besitzen, unter Hinterlassung ihres vollen Verkehrswertes sich eigenmächtig zueignet. Eine Mißbilligung ver-

[1]) Siehe Literatur zu S. 36.
[2]) Lammasch a. a. O. S. 16.
[3]) II. Entwurf zu einem Strafgesetzbuch.
[4]) Hälschner, 2. Bd. 1. Abtlg. S. 355.
[5]) Lammasch a. a. O. S. 15, ebenso Aschrott/Kohlrausch a. a. O. S. 343.

dient nur die gleiche Behandlung solcher Fälle. Es ist verständlich, daß die Strafe, die jemand verdient, wenn er nur eine Mißachtung des fremden Eigentums bekundet, eine weit mildere sein muß, als wenn der Angriff auf fremdes Eigentum in Bereicherungsabsicht erfolgt. Wird aber der Tatbestand zerlegt und das Kriterium der Bereicherungsabsicht als Strafschärfungsgrund aufgenommen, so wird die Gefahr, die leichteren Fälle zu schwer zu bestrafen, behoben sein.

Man denke ferner an den Fall, wo der Verkaufskommissionär, der Waren im Einverständnis des Auftraggebers bei einem Dritten umsetzt, den Erlös der verkauften Ware für sich verbraucht. Durch Verfügung über die so erlösten Gelder kann nunmehr, da sie in das Eigentum des Kommissionärs gelangt sind [1]) von diesem keine Unterschlagung begangen werden. Bleiben aber solche Handlungen, die nach Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit einer Bestrafung unterliegen müßten, straflos, so erkennt man daran, daß der dem § 246 StGB. zugrunde gelegte Gedanke des Eigentumsschutzes sich nicht bewährt.

Weiter erscheint es bei der Unterschlagung als wesentlicher Mangel, daß der § 246 StGB. den Fall, in dem der Täter mit Bereicherungsabsicht unterschlägt, auf gleicher Stufe mit dem stellt, wo der Täter nur fremdes Eigentum angreift. Dieser Mangel tritt vor allen Dingen bei der Unterschlagung von vertretbaren Sachen in Erscheinung, ganz besonders dann, wenn der Täter die Absicht der Restitution hat. Es steht aber im Widerspruch zum Rechtsempfinden, mit gleichem Maß zu messen, gleichgültig, ob der Täter in Bereicherungsabsicht handelte oder wie Lammasch [2]) richtig sagt, der „Eingriff in den fremden Besitz nichts als eine Kränkung, eine Nichtachtung fremden Willens ist". Wenn die Motive zum II. Entwurf [3]) die Aufstellung des Erfordernisses der „gewinnsüchtigen Absicht" überflüssig halten, da in der „rechtswidrigen Aneignung" auch das Moment der Bereicherung liegt, so ist das eine irrige Auffassung. Der Tatbestand der Unterschlagung schließt keineswegs die gewinnsüchtige Absicht in sich, die Unterschlagung wird, wie Hälschner [4]) mit Recht sagt, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter sich die Sache aneignet, um sie zu verschenken oder, daß er sie unterschlägt, indem er anderen gestattet, sie wegzunehmen und sich zuzueignen. Verfehlt ist es wie der Entwurf von 1925 vorschlägt, das Erfordernis der gewinnsüchtigen Absicht in den Tatbestand der Unterschlagung aufzunehmen. So würde, um das Beispiel von Lammasch [5]) zu zitieren, ein übermütiger Millionär straflos bleiben, der Sachen eines anderen, die einen besonderen individuellen Wert besitzen, unter Hinterlassung ihres vollen Verkehrswertes sich eigenmächtig zueignet. Eine Mißbilligung ver-

[1]) Siehe Literatur zu S. 36.
[2]) Lammasch a. a. O. S. 16.
[3]) II. Entwurf zu einem Strafgesetzbuch.
[4]) Hälschner, 2. Bd. 1. Abtlg. S. 355.
[5]) Lammasch a. a. O. S. 15, ebenso Aschrott/Kohlrausch a. a. O. S. 343.

dient nur die gleiche Behandlung solcher Fälle. Es ist verständlich, daß die Strafe, die jemand verdient, wenn er nur eine Mißachtung des fremden Eigentums bekundet, eine weit mildere sein muß, als wenn der Angriff auf fremdes Eigentum in Bereicherungsabsicht erfolgt. Wird aber der Tatbestand zerlegt und das Kriterium der Bereicherungsabsicht als Strafschärfungsgrund aufgenommen, so wird die Gefahr, die leichteren Fälle zu schwer zu bestrafen, behoben sein.